Der Gesellschafter einer Personalgesellschaft als Gläubiger der Gesellschaft

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Frankfurt a/M.

Vorgelegt von

Richard Weyl
Gerichtsreferendar a. D.
aus Düsseldorf.

Druck: Paul Brandel, Berlin N 24

Referent: Prof. Dr. A. Saenger.
Korreferent: Prof. Dr. F. Klausing.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Tag der mündlichen Prüfung: 7. Juni 1934.

Inhaltsverzeichnis:

§ 1. Darlegung des Gegenstandes der Untersuchung 5
§ 2. Gesellschaftsvermögen, insbesondere Gesellschaftsschulden . . . 7
§ 3. Ansprüche wegen Gewinn und Auseinandersetzung 10
§ 4. „Aufwendungen" und „Verluste", insbesondere des geschäftsführenden Gesellschafters 13
§ 5. Die Befriedigung der vorbehandelten Ansprüche 16
§ 6. Auswirkung der Bezahlung von Gesellschaftsschulden durch einen Gesellschafter 25
§ 7. Fortsetzung: Wer trägt die auf sog. steuerlichen Mehrgewinn ruhende Steuerlast? 32
§ 8. Die nicht der Zugehörigkeit zur Gesellschaft entspringenden Forderungen 36

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547409_0005

§ 1. Darlegung des Gegenstandes der Untersuchung.

Die Gesellschafter einer Personalgesellschaft[1]) sind den Gesellschaftsgläubigern grundsätzlich unbeschränkt persönlich und gesamtschuldnerisch für die Gesellschaftsschulden verhaftet. Eine Ausnahme findet sich beim Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft, dessen Haftung auf die Höhe seiner Einlage beschränkt ist. Berechtigungen und Verpflichtungen der Gesellschaftsgläubiger ergeben sich im allgemeinen lediglich aus dem jeweils in Frage stehenden Schuldverhältnis. Eine besondere Beachtung unter den Gesellschaftsgläubigern verdienen diejenigen Gläubiger, die in mehreren Beziehungen zur Gesellschaft stehen. Es sollen uns hier vor allem die beschäftigen, die selbst Mitglieder der Gesellschaft sind. Es werden verschiedene Fälle unser Interesse beanspruchen, in denen neben der Zugehörigkeit zur Gesellschaft, die ja selbst ein Schuldverhältnis darstellt, weitere und andersartige Schuldverhältnisse zwischen einem Gesellschafter einerseits und der Gesellschaft, damit auch den übrigen Gesellschaftern andererseits bestehen. Wir behandeln also keine Ansprüche eines Gesellschafters, die lediglich gegen einen oder mehrere Gesellschafter, nicht aber gegen die Gesellschaft als solche gerichtet sind.

In allen zu behandelnden Fällen stehen Rechtsbeziehungen zur Erörterung, die nicht notwendigerweise bei jeder Gesellschaft vorkommen. Sie sind also nicht etwa den Personalgesellschaften wesenseigen, bilden also nicht Bestandteile derjenigen schuldrechtlichen Beziehung, als die wir die Gesellschaft soeben bezeichneten. Andererseits handelt es sich um solche Schuldverhältnisse, wie sie bei jeder Personalgesellschaft vorkommen können. Wir haben aber zu unterscheiden zwischen solchen, die nur innerhalb und auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses entstehen können und solchen, die ihrem Entstehen und Bestehen nach von der Existenz eines Gesellschaftsverhältnisses unabhängig sind. Im ersteren Falle ist der Gläubiger ein „Gläubiger im weiteren Sinne", im letzteren ein solcher „im engeren Sinne"[2]). (Wir gehen bei allen gegen eine Personalgesellschaft gerichteten Ansprüchen davon aus, daß die gegen die „Gesellschaft" gerichteten Ansprüche zugleich gegen die beteiligten Gesellschafter gerichtet sind, und zwar auch da, wo das Bestehen einer von der Personenvielheit getrennten Rechts-

[1]) Darunter verstehen wir: Die Gesellschaft nach BGB., die OHG. und die Komm.-Ges.

[2]) Vgl. Düringer-Hach.-Geiler II 1, Anm. 149 c.

person [Gesellschaft] in beschränktem Umfange fingiert wird [§ 124 HGB.]). Bei der zweiten Gruppe unserer Einteilung hat also ein Gesellschafter gegen seine Gesellschaft einen Anspruch, der statt dem Gesellschafter auch einem Nichtgesellschafter zustehen kann. In diese Gruppe gehören jedoch auch solche Ansprüche, die zwar dem Gläubiger im konkreten Falle nur dadurch zustehen können, daß er Gesellschafter ist, die aber ihrem Inhalt nach nicht gesellschaftsrechtlicher Natur sind und darum auch außerhalb eines Gesellschaftsverhältnisses vorkommen können. Da hier die Mitgliedschaft bei der Gesellschaft nur die Ursache dafür ist, daß gerade dem Gesellschafter die Forderung zusteht, kann man von m i t t e l b a r dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Forderungen sprechen. — An den Schuldverhältnissen der ersten Gruppe kann also auf der Gläubigerseite nur jemand beteiligt sein, der auch selbst der Gesellschaft angehört.

In beiden Gruppen ist es von Bedeutung, auch zwischen vermögensrechtlichen und nichtvermögensrechtlichen Ansprüchen zu unterscheiden. Letztere betreffen vor allem die Berechtigungen des Gesellschafters, hinsichtlich der Verwaltung der Gesellschaft. Im Gegensatz zu den vermögensrechtlichen Ansprüchen nennen wir sie daher die verwaltungsrechtlichen[3]). Diese Ansprüche auf Mitverwaltung usw. (also z. B. auch den Anspruch auf Einsichtnahme der Geschäftsbücher) schließen wir aus unserer Untersuchung aus.

Bei der ersten Gruppe, also den dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Ansprüchen, haben wir weitere Unterscheidungen zu treffen. Zunächst scheiden wir bewußt jene Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis aus, die nur einer Mehrzahl oder der Gesamtheit der Gesellschafter gemeinsam zustehen. Hierhin ist in erster Linie der Beitragsanspruch zu zählen; ihn kann nach herrschender und richtiger Ansicht[4]) nicht ein einzelner Gesellschafter gegen einen anderen geltend machen, sondern nur die Gesamtheit gegen den schuldnerischen. Selbst wenn man hier die Klage eines Gesellschafters — sei es auch die eines nichtgeschäftsführenden — auf Leistung an die Gesellschaft zulassen will, so ändert das doch nichts daran, daß Gläubigerin die Gesellschaft ist. Der betreffende Gesellschafter rückt durch die Geltendmachung nicht in die Stellung eines Gläubigers. Wir legen uns also weiter die Beschränkung auf solche Ansprüche auf, bei denen nur der einzelne Gesellschafter Gläubiger ist und die Leistung ausschließlich an seine Person verlangen kann.

---

[3]) Daß sie nichts mit der juristischen Disziplin des Verwaltungsrechts zu tun haben, bedarf in diesem Zusammenhang keiner Erörterung.

[4]) Dür.-Hach.-Geiler II 1, Anm. 85; Oertmann § 705, 4 d; Staudinger § 705, IV 1 a; Enneccerus-Lehmann § 173, III 1.

Dies kann wieder in der Weise der Fall sein, daß es sich um Ansprüche handelt, die, wenn sie überhaupt entstehen, grundsätzlich j e d e m Gesellschafter, wenn auch nicht notwendigerweise in gleicher Höhe, zustehen. Hierhin gehören Ansprüche auf Gewinnausschüttung oder auf das Auseinandersetzungsguthaben. — Oder es kann der Anspruch nur einem Gesellschafter zustehen, während die anderen oder ein Teil von ihnen keinen solchen Anspruch aus demselben Rechtsgrund haben. Das ist der Fall auf Grund einer besonderen Handlung gerade des betreffenden Berechtigten. Beispiele hierfür sind: Ansprüche aus der Geschäftsführung oder aus der Bezahlung von Gesellschaftsschulden und aus sonstigen im Interesse der Gesellschaft gemachten Aufwendungen eines einzelnen.

Normalerweise hat ein Gläubiger, der sich bei seinem Schuldner Befriedigung verschaffen will, dabei im Rahmen des Gesetzes und etwaiger Vereinbarungen freie Hand. Handelt es sich beispielsweise um eine fällige Forderung, so kann der Gläubiger Zahlung verlangen. Wird diese verweigert, so kann er sich nach Erlangung eines vollstreckbaren Titels aus beliebigen Vermögensstücken oder Vermögensmassen seines Schuldners Befriedigung verschaffen, auch aus solchen, die er selbst bereits in seiner Verfügungsgewalt hat. Ist vielleicht der Gesellschafter, der Gläubiger seiner Gesellschaft ist, gerade wegen seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft nicht ein solcher freier Gläubiger? Ob und welche Schwierigkeiten sich aus der Doppelstellung ergeben, zu untersuchen, ist die Aufgabe dieser Arbeit.

§ 2. Gesellschaftsvermögen, insbesondere Gesellschaftsschulden.

Die Gesellschaft nach BGB., die OHG. und die Komm.-Ges. sind keine juristischen Personen, mögen auch die beiden letzteren in mancher Hinsicht auf Grund gesetzlicher Vorschrift (z. B. § 124 HGB.) wie juristische Personen behandelt werden. Wenn also rechtlich die Gesellschaft von der Gesamtheit der Gesellschafter nicht zu unterscheiden ist, so ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß diese Gesamtheit eine Vermögensmasse, das Gesellschaftsvermögen, bildet, die im Verhältnis der Gesellschafter zueinander (Innenverhältnis) als ein vor ihrem Privatvermögen abgeschiedener Vermögensteil zu gelten hat. Dieses Gesellschaftsvermögen gehört nach heutigem (im Gegensatz zum römischen) Recht den Gesellschaftern zur gesamten Hand. Es bestehen demgemäß keine Sonderrechte der einzelnen Gesellschafter an einzelnen Vermögensgegenständen. Jeder hat nur einen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen als Ganzem. (Lehre der „ungeteilten Gesamthandsberechtigung“[5]). Dieses Gesellschaftsvermögen ist „zweck-

[5]) Staudinger, Vorbem. zu § 705 IV, 1.

gebunden", d. h. es wird von den Gesellschaftern gebildet mit der Bestimmung, daß es den Gesellschaftszwecken dienen soll. Zu anderen Zwecken steht das Gesellschaftsvermögen wenigstens nicht zur Verfügung. Die Gesellschafter bezwecken mit der Bildung eines Sondervermögens, daß sie ihre Vermögensbeteiligung an der Gesellschaft auf ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen beschränken wollen. Eine solche, die Mitgesellschafter verpflichtende Abrede, die zumindest stillschweigend in jedem Gesellschaftsvertrag einer Personalgesellschaft enthalten ist, können die Gesellschafter jedoch nur im Verhältnis zueinander wirksam treffen.

Die Gesellschaftsgläubiger hingegen werden durch die Bildung des Gesellschaftsvermögens nicht gehindert, sich nach ihrem freien Belieben auch an das übrige Vermögen der Gesellschafter zu halten. Denn die Bildung eines vom Privatvermögen abgesonderten Gesellschaftsvermögens hat nur Wirkung im Innenverhältnis, für das Außenverhältnis besteht die unbeschränkte Haftung. Die Gesellschafter können in dem durch den Gesellschaftsvertrag geregelten Innenverhältnis eine Beanspruchung über den zum Gesellschaftsvermögen bereits geleisteten oder noch geschuldeten Betrag hinaus ablehnen. Sie können sich darauf berufen, daß der Gesellschaft eben nur ihr Anteil, nicht aber ihr Privatvermögen zur Verfügung stehe. Die Gesellschaft hat, selbst wenn ihr Bestand gefährdet erscheint, keinen Anspruch auf Nachschüsse (§ 707 BGB.). Berechtigte Nachschußforderungen können — als solche stellen sich spätere Beanspruchungen wirtschaftlich dar — jedoch ohne Zweifel auf Grund der persönlichen Haftung von außen kommen. Denn Außenstehende trifft ja nicht die Verpflichtung, die die Gesellschafter trifft, daß sie sich auf das Gesellschaftsvermögen zu verweisen haben lassen. Wir werden uns aber im folgenden mit der Frage beschäftigen, ob nicht auch im Innenverhältnis Ausnahmen bestehen, bei denen eine persönliche Beanspruchung der Gesellschafter durch einen anderen Gesellschafter zulässig ist. Das wird dann aber im Verhältnis der Gesellschafter zueinander andere Rechtsgründe haben müssen, als ihre persönliche Haftung nach außen. Ob ein solcher Rechtsgrund durch eine berechtigte, von außen kommende Beanspruchung hervorgerufen werden kann, darf hier dahingestellt bleiben.

Daß die persönliche Haftung nur Dritten gegenüber besteht, während die Berufung darauf den Mitgesellschaftern für die dem inneren Gesellschaftsverhältnis entspringenden Ansprüche nicht zusteht, ergibt sich auch aus der systematischen Stellung des § 128 HGB., in dem „das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten" behandelnden Titel. Es ergibt sich aber weiter auch aus dem S i n n der persönlichen unbeschränkten Haftung. Diese soll dazu dienen, bei Dritten, die mit der Gesellschaft in Verbindung treten, ein stärkeres Gefühl der Sicherheit und des Vertrauens zur Gesell-

schaft hervorzurufen. Diese Gründe bestehen gegenüber Mitgesellschaftern nicht. Eine Ausnahme vom Grundsatz der unbeschränkten Haftung macht, wie schon erwähnt, der Kommanditist. Darüber hinaus besteht bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Möglichkeit, die Haftung des Privatvermögens auszuschließen[6]), etwa durch eine auch Dritten gegenüber wirksame Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers. Bei der OHG. und bei den Komplementären einer Kommanditgesellschaft ist eine derartige Beschränkung auf das Gesellschaftsvermögen Dritten gegenüber schlechthin unwirksam (§ 128 HGB.). Ihre Zulässigkeit würde das Vertrauen zur Gesellschaft in einer den besonderen Bedürfnissen des kaufmännischen Verkehrs nicht entsprechenden Weise beeinträchtigen[7])[8]).

Obwohl das Gesetz selbst (§ 718 BGB.) den Begriff des Gesellschaftsvermögens aufstellt, wird der Begriff der „Gesellschaftsschulden" (als Gegensatz zu den sonstigen Schulden der Gesellschafter) für die Gesellschaft des BGB. bestritten. Zuzugeben ist, daß die Gesellschaftsschulden nichts anderes als gemeinschaftliche Schulden der Gesellschafter sind, — weil eben die Personalgesellschaften keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen. Dieses Zugeständnis schließt aber nicht aus, trotzdem von Gesellschaftsschulden zu sprechen und diesen Rechtsbegriff anzuerkennen. Denn die Schuld, die jeden Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis heraus trifft, ist doch gegenüber seinen übrigen Schulden eine besondere. Allerdings kann er die Gesellschaftsschulden nicht nur gemeinschaftlich mit seinen Mitgesellschaftern begleichen, — so wie er etwa in Ansehung des Gesellschaftsvermögens durch die Gemeinschaft gebunden ist, — sondern er kann und muß sie u. U. allein auf Grund seiner Haftung begleichen. Aber es zeigt sich bereits im Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern der Unterschied zwischen einer Gesellschaftsschuld und einer Privatschuld. Denn im Verhältnis zu ihnen handelt es sich bei der Gesellschaftsschuld doch um eine Gesamtschuld, die vor allem auch bei der Auseinandersetzung eine Rolle spielt. Damit ist der Begriff der Gesellschaftsschuld zumindest für das Innenverhältnis gerechtfertigt. Dadurch gewinnt der Begriff aber auch schon Bedeutung nach außen hin. Das zeigt sich z. B., wenn ein Dritter den Anspruch des Gesellschafters gegen die Mitgesellschafter erwirbt. Der Dritte, der einen solchen Anspruch gegen die Gesellschaft erwirbt, hat eine andere Stellung als jemand, der eine sonstige For-

---

[6]) Die Frage ist allerdings streitig, vgl. Staudinger § 714 IV, 2; Oertmann § 714, Anm. 4; Dür.-Hach.-Geiler Anm. 138, dort auch weitere Literatur.

[7]) Vgl. Dür.-Hach.-Flechtheim § 128 A. 1.

[8]) Daher bedurfte es hier auch der ausdrücklichen Bestimmung des § 128 HGB.

derung gegen die Gesellschaft hat, die aber nicht dem Gesellschaftsverhältnis entspringt. Der Gesellschaftsschuld haftet eben in besonderer Weise ihr Ursprung an[9]). (Über die Beschränkung der Abtretbarkeit der Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis vgl. § 717 BGB.).

§ 3. Ansprüche wegen Gewinn und Auseinandersetzung.

Wenden wir uns nunmehr den einzelnen zu behandelnden Anspruchsgruppen zu, so sind zunächst diejenigen zu erörtern, die einem Gesellschafter ohne eine irgendwie geartete Tätigkeit für die Gesellschaft, vielmehr lediglich auf Grund seiner Mitgliedschaft zustehen können. Hierhin gehören die Ansprüche auf Gewinn und die auf das Auseinandersetzungsguthaben. Der letztere geht zunächst, sobald die Voraussetzungen dafür vorliegen (Beendigung der Gesellschaft wegen Todesfalls, Zweckerreichung, Auflösungsbeschluß usw.) darauf, das Auseinandersetzungsguthaben rechnerisch festzustellen. Dann aber zielt er vor allem auf Auszahlung eines sich etwa zugunsten des Gesellschafters ergebenden Guthabens.

Auch der Gewinnanspruch kann sich auf verschiedene Einzelhandlungen erstrecken; zunächst kann es darauf ankommen, die Gewinnfestsetzung herbeizuführen, dann aber kann auch der Anspruch auf Vergütung des Gewinnes in verschiedener Gestalt auftreten: es kann sich je nach dem Inhalt des Vertrages um Barauszahlung handeln oder lediglich um Gutschrift. Auch kann beides je in Ansehung eines Teiles gleichzeitig in Frage kommen, und endlich kann es sich lediglich um den Anspruch auf Geldentnahme und deren Duldung handeln (vgl. §§ 721 ff. BGB., 120, 122, 167, 169 HGB.). Da uns vor allem die vermögensrechtlichen Ansprüche, also die auf Auszahlung oder sonstige Vergütung interessieren, seien die Festsetzungsansprüche als Voraussetzungen der Auszahlung nur berührt. Das Gesetz schreibt den Rechnungsabschluß zur Gewinn- (und Verlust)verteilung vor, sei es zum Schluß der Gesellschaft, sei es jeweils zum Schluß eines Geschäftsjahres. Selbstverständlich kann der Gesellschaftsvertrag abweichende Vorschriften enthalten.) Ebenso ist die Auseinandersetzung erforderlich, falls sie nicht auf Grund der dispositiven Natur des § 730 BGB. ausgeschlossen ist oder, im Falle einer Handelsgesellschaft, der Konkurs eröffnet worden ist (§ 145 HGB.).

„Die Feststellung der Bilanz als Grundlage der Ermittlung und Verteilung des Gewinns und Verlusts ist ein Willensakt der Gesellschafter (so auch RFH. in JW. 1925, 2033 Nr. 1). Sie ist ein

[9]) Über die sehr streitige Frage und die umfangreiche Literatur dazu siehe Dür.-Hach.-Geiler II 11, Anm. 148.

Rechtsgeschäft“[10]). Auf die Mitwirkung bei diesem Rechtsgeschäft hat jeder Gesellschafter gegen seine Mitgesellschafter einen klagbaren Anspruch[11]). Ist die Aufstellung der Bilanz nicht Sache sämtlicher Mitgesellschafter, sondern nur einzelner, etwa der geschäftsführenden, so besteht der Anspruch auch nur gegen diese[12]); ob eine Zustimmung der übrigen zur Bilanzierung erforderlich ist, beurteilt sich nach dem Gesellschaftsvertrag. Hat der verklagte Gesellschafter die Bilanz aufzustellen und kommt er dieser Verpflichtung trotz seiner Verurteilung nicht nach, so hat die Zwangsvollstreckung den §§ 887, 888 ZPO. gemäß zu erfolgen, je nachdem, ob die Bilanzierung nur durch den beklagten Gesellschafter erfolgen kann, oder auch durch andere Personen. Hat der Beklagte lediglich die Bilanz anzuerkennen, so gilt die erforderliche Erklärung mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben (§ 894 ZPO.).

Grundsätzlich die gleichen Verpflichtungen bestehen im Falle der Auseinandersetzung. Zwar hat diese die Auflösung der Gesellschaft zur Voraussetzung; jedoch bestehen gleichwohl die Pflichten der Gesellschafter insoweit fort, als dies zur Durchführung der Auseinandersetzung erforderlich ist[13]).

Diese Grundsätze sind für alle Personalgesellschaften die gleichen. Daß man im Handelsrecht von „Liquidation“ spricht und die Gesellschafter in diesem Stadium „Liquidatoren“ nennt, beruht auf keinem grundlegenden Unterschied[14]). — Ob der Gewinn dem Gesellschafter, sei es ganz, sei es teilweise, ausbezahlt wird, ob er, weil der Gesellschafter bereits im voraus darüber verfügt hat, an einen Dritten (Nichtgesellschafter) ausgezahlt werden soll, ob er lediglich gutgeschrieben werden soll, — in allen Fällen handelt es sich um den gleichen Anspruch auf Gewinn. Darum muß sich auch in allen Fällen die Frage, gegen wen der Anspruch gerichtet ist, und wie er durchgesetzt werden kann, in gleicher Weise beantworten.

Der Gewinnanspruch stellt einen gesellschaftlichen Anspruch jedes einzelnen Gesellschafters dar. Er ist gerichtet gegen die Gesellschaft, bei der sich der Gewinn ergeben hat. Wir legten oben dar, daß im Verhältnis der Gesellschafter zueinander zur Erfüllung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft vor allem das Gesellschaftsvermögen dient. Da auch dem Gewinnanspruch eines Gesellschafters eine Gesellschaftsverbindlichkeit entspricht, muß also auch zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit das Gesellschaftsvermögen dienen. Zur Vollstreckung in dieses ist im Falle einer Gesellschaft nach BGB. ein gegen alle Gesellschafter gerichtetes Ur-

---

[10]) Dür.-Hach.-Flechtheim § 120 A. 3.
[11]) Dür.-Hach.-Flechtheim, § 120 A. 7.
[12]) Staudinger, § 721 I.
[13]) Ebenso Staudinger § 730, I; Oertmann § 730, 1 a.
[14]) Vgl. Staudinger § 730, I, 1.

teil erforderlich (§ 736 ZPO. Wegen der Handelsgesellschaften siehe § 124, 2 HGB.) Da sich aber ein Gesellschafter nicht selbst mitverklagen kann, muß in diesem Fall ein gegen die sämtlichen übrigen Gesellschafter gerichtetes Urteil als ausreichend angesehen werden[15]).

Bei allen ihren internen Ansprüchen gegeneinander haben sich die Gesellschafter an das Gesellschaftsvermögen zu halten. Wenn nun aber das Gesellschaftsvermögen erschöpft ist, kann sich dann der Gläubiger, der auch selbst Gesellschafter ist, wenigstens subsidiär an die Gesellschafter persönlich halten?

Diese Frage kann nicht für alle Fälle, in denen sich eine solche Doppelstellung ergibt, einheitlich beantwortet werden; vielmehr hängt die Entscheidung von der Natur des jeweils geltend gemachten Anspruchs ab. Wie steht es in dieser Hinsicht mit dem Gewinnanspruch? Daß und warum die Berufung auf die persönliche Haftung den Gesellschaftern nicht zur Verfügung steht, setzten wir oben auseinander. Es könnten also höchstens andere, vielleicht Bereicherungsansprüche, den Gesellschaftern zustehen.

Der finanzielle Gewinn, der sich bei einer Gesellschaft ergibt, ist bis zu seiner Verteilung ebenso wie das Gesellschaftsvermögen, dessen Bestandteil er bis zur Verteilung ist, gesamthänderisches Eigentum der Gesellschafter. Vor der Verteilung hat kein Gesellschafter an dem Gewinn oder auch nur an einem Teil davon ein Sondereigentum, wie etwa an seinem Privatvermögen. Der einzelne Gesellschafter persönlich ist vor der Verteilung noch nicht bereichert. Der Gewinn ergibt sich lediglich in dem seiner persönlichen Einzelverfügung zumindest grundsätzlich entzogenen Gesellschaftsvermögen. (Selbst wenn ein einzelner Gesellschafter geschäftsführend tätig und damit zunächst über den Gewinn formell verfügungsberechtigt ist, ist er persönlich noch nicht bereichert). Nur auf diesen Gewinn, der sich als Geschäftsergebnis der Gesellschaft beim Gesellschaftsvermögen ergibt, hat der Gesellschafter einen Anspruch. Es kann der Gewinnanspruch nicht anders befriedigt werden, als durch Auszahlung aus dem den Gewinn enthaltenden Gesellschaftsvermögen. Denn da sich an anderer Stelle, vornehmlich bei den Gesellschaftern, kein Gewinn ergeben hat, kann er auch von dort nicht verlangt werden. Ein Anspruch auf Befriedigung aus dem Privatvermögen eines oder mehrerer Mitgesellschafter besteht also nicht.

---

[15]) Staudinger § 705, IV, 1 b; Dür.-Hach.-Geiler A, 87; abweichend und abzulehnen Krech, S. 94, der unsere Ansicht ablehnt und darum eine Klage für die Dauer der Ges't nicht zuläßt. Er übersieht aber, daß die Klageerhebung eines Gesellschafters gegen seine Mitgesellschafter zugleich die Genehmigung der Inanspruchnahme seines eigenen Gesellschaftsanteils enthält.

Wohl können sich auf Grund des lediglich aus dem Gesellschaftsvermögen zu befriedigenden Gewinnanspruchs auch gelegentlich Ansprüche des Gesellschafters gegen einen anderen ergeben. Aber hierbei handelt es sich dann nicht mehr um den eigentlichen Gewinnanspruch, sondern etwa um einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Das ist z. B. der Fall, wenn einem Gesellschafter A zustehender Gewinn in ungerechtfertigter Weise dem Gesellschafter B ausgezahlt wurde. Der Anspruch, der sich darauf zugunsten des A ergibt, ist aber nicht mehr gegen die Gesamtheit der Mitgesellschafter gerichtet, sondern nur gegen einen einzelnen.

Während der Dauer der Gesellschaft wird nur ein etwaiger Gewinn aus dem Gesellschaftsvermögen verteilt. Dieses selbst in seiner Totalität gelangt erst bei Beendigung der Gesellschaft zur Verteilung. Bei der Auseinandersetzung wird berechnet, ob bei der Abwicklung der Geschäfte usw. die einzelnen Gesellschafter noch ein Guthaben haben. Ein solches Guthaben kann sich nur daraus ergeben, daß auch nach Tilgung aller Schulden, Rückgabe bestimmter Gegenstände noch ein Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. Ein Anspruch auf Auseinandersetzungsguthaben kann also nur bestehen, solange noch etwas vorhanden ist, was auseinanderzusetzen ist, und er kann auch nur gerichtet sein auf das, was auseinandergesetzt werden soll. Ist kein Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden, so besteht auch der Anspruch nicht. Wie jeder andere Anspruch gegen eine Personalgesellschaft, so ist auch dieser gegen die sämtlichen Gesellschafter mit Ausschluß des Berechtigten selbst (s. oben) gerichtet. (Gegen wen die Klage zu richten ist, ergibt sich auch hier aus den §§ 736 ZPO. und 124, 2 HGB.) Aber eine Befriedigung kann nur aus dem Gesellschaftsvermögen erfolgen. Das tritt hier besonders klar hervor, da er ja gerade auf das Gesellschaftsvermögen selbst, wenigstens auf einen Teil davon gerichtet ist. Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben kann gar nicht anders befriedigt werden, als durch Ausfolgung eines Teils des Gesellschaftsvermögens. Für keinen der beiden in diesem Paragraphen behandelten Ansprüche kann also das Privatvermögen der Gesellschafter herangezogen werden, da es für eine persönliche Haftung für diese Ansprüche keine Grundlage gibt.

§ 4. „Aufwendungen" und „Verluste", insbesondere des geschäftsführenden Gesellschafters.

Neben den ihm auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses, aber ohne eine besondere Tätigkeit zustehenden Ansprüchen können einem Gesellschafter auch solche auf Grund besonderer Tätigkeit für die Gesellschaft zustehen. Die Tätigkeit kann erfolgen auf

Grund besonderen Auftrages: so die des geschäftsführenden Gesellschafters. Es kann jedoch auch einem anderen Gesellschafter als dem geschäftsführenden, ein Auftrag erteilt werden. Weiter kann das Tätigwerden für die Gesellschaft auch seine Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt einer auftragslosen Geschäftsführung finden. Da aber in den meisten Fällen ein Auftrag vorliegen wird, und da dies auch gerade dann der Fall ist, wenn, wie häufig, einem Gesellschafter die Geschäftsführung übertragen ist, soll unsere Untersuchung sich in diesem Punkt formell auf den geschäftsführenden Gesellschafter beschränken. Wir sind uns jedoch dabei bewußt, daß die Ergebnisse auch für andere Gesellschafter, die unter den gleichen Voraussetzungen (Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag) für die Gesellschaft handeln, die gleichen sind.

Der geschäftsführende Gesellschafter kann Verluste erleiden oder Aufwendungen machen, für die ihm die Gesellschaft ersatzpflichtig ist (§§ 713, 670 BGB., 110 HGB.). Es kann ihm auch für seine Geschäftsführer-Tätigkeit ein besonderes Honorar zugesichert sein. Wenn auch häufig, gerade beim Vorliegen des letzten Falles nicht alle Gesellschafter geschäftsführend tätig zu sein pflegen, so ist es doch grundsätzlich für die Frage nach der Durchsetzung der Ansprüche des Geschäftsführers gegen Gesellschaft und Mitgesellschafter gleichgültig, ob der Betreffende allein oder neben anderen die Geschäfte der Gesellschaft führt.

Hier interessieren uns nur die Ersatzansprüche des geschäftsführenden Gesellschafters für Verluste und Aufwendungen, nicht dagegen die auf das Gehalt und etwaige Tantieme gerichteten. Denn diese Ansprüche und ihre Behandlung sind bei einem Geschäftsführer, der zugleich Gesellschafter ist, ebenso zu behandeln, wie bei einem anderen Geschäftsführer. Das wird stets dem Willen der Parteien entsprechen. Daher werden sie erst in einem späteren Abschnitt behandelt werden (§ 8).

Es ist davon auszugehen, daß der geschäftsführende Gesellschafter als Beauftragter anzusehen ist. Das bestimmt das Gesetz ausdrücklich im § 713 BGB. Die §§ 664—670 BGB. werden für anwendbar erklärt, „soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis etwas anderes ergibt". Die Ersatzpflicht der Gesellschaft für Aufwendungen des geschäftsführenden Gesellschafters ergibt sich aus § 670 BGB. Neben einer Ersatzpflicht für Aufwendungen spricht § 110 HGB. für die Handelsgesellschaften auch von einer solchen für Verluste, die der Geschäftsführer aus der Geschäftsführung oder den mit ihr untrennbar verbundenen Gefahren erleidet.

Unter „Aufwendungen" sind „die auf freiem Willen beruhenden Auslagen und Aufopferungen von Vermögenswerten"[18]) zu ver-

[18]) Planck, § 670, 2.

stehen, also etwa die Eingehung einer Verbindlichkeit, die Ausgaben für eine Geschäftsreise usw. Es wird sich dabei regelmäßig um solche Ausgaben handeln, die für die Geschäftsführung typisch sind und in dieser Weise häufig auch nur bei einer solchen vorkommen. Im Gegensatz dazu sind unter „Verlusten" die unfreiwilligen und auch bei der Geschäftsführung normalerweise nicht zu bringenden Vermögensopfer zu verstehen, für die der Berechtigte auf andere Weise einen Ersatz nicht erhalten kann. Hierzu sind etwa die durch einen auf einer Geschäftsreise erlittenen Reiseunfall erforderlich gewordenen Ausgaben zu zählen; ebenso ist auch der Verlust des Reisegepäcks durch Hotelbrand u. dgl. als „Verlust" i. S. der genannten Gesetzesstelle anzusehen[17]).

Lediglich das HGB. spricht vom Ersatz für Verluste, nicht auch das BGB. Dadurch ist streitig geworden, ob auch der geschäftsführende Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Ersatz für Verluste erlangen kann. Die Frage ist wegen der Verweisung des § 713 BGB. auf § 670 BGB. die gleiche wie beim Auftrag. Ein während der Beratung des Gesetzes vorgebrachter Antrag, der dahin ging, die Verluste den Aufwendungen gleichzusetzen, wurde abgelehnt. Man ging dabei davon aus[18]), daß der Beauftragte, der in Kenntnis des mit der Ausführung verbundenen Risikos die Ausführung übernehme, auch das Risiko zu tragen habe. Habe jedoch der Auftraggeber Gefahren gekannt, die später den Verlust herbeiführen, und habe er trotz seiner Kenntnis den Beauftragten nicht auf die Gefahr hingewiesen, so handle er gegen Treu und Glauben und füge damit dem Beauftragten schuldhaft einen Schaden zu, für den er ihm zum Ersatz verpflichtet sei[19]). Ein Verschulden kann danach auch darin zu finden sein, daß die Gesellschaft dem Geschäftsführer einen schadhaften Wagen zu Geschäftsreisen zur Verfügung stellt, wodurch ein Unfall entsteht. Nach dieser Ansicht könnte aber der Geschäftsführer keinen Ersatz für Verluste erlangen, die nicht auf einem Verschulden des Auftraggebers beruhen. In diesem Sinne ist auch die Stellungnahme der herrschenden Meinung, soweit es sich um den Gesellschafter-Geschäftsführer einer Gesellschaft des BGB. handelt[20]). Die Aufnahme einer das Gegenteil besagenden Bestimmung in das HGB. hat man[21]) damit begründet, daß es sich bei den Handelsgesellschaften um engere Personen- und Interessengemeinschaften handele, und daß die in Handelskreisen herrschende Auffassung die gemeinsame Tragung solcher Verluste als

---

[17]) Beispiele nach Dür.-Hach.-Flechtheim, § 110 A. 8.
[18]) Protokolle zum BGB. II, S. 367 f.
[19]) Siehe Staudinger, § 670, 6 u. § 713, I u. Prot. zu § 670.
[20]) Staudinger § 713 I; Dür.-Hach.-Geiler, Anm. 122, RG. 75, 212; RG. in JW. 1909, 311; in LZ. 1910, 860.
[21]) Vgl. darüber Dür.-Hach.-Flechtheim, § 110 A. 1.

billig erscheinen lasse. Diese Auffassung sollte jedoch nicht nur in Handelskreisen herrschen. Zwar mag es bei der Gesellschaft des BGB. auf den Einzelfall ankommen, z. B. welcher Art die Gesellschaft ist, und wie, je nach der Dauer, für die sie eingegangen ist, das Risiko zu beurteilen ist. (Bei einer Gesellschaft, bei der von vornherein mit einer kurzen Dauer zu rechnen ist, wird der einzelne Gesellschafter bewußt ein größeres Risiko auf sich nehmen.) Sehr oft dürfte es aus denselben Gesichtspunkten der engeren Personen- und Interessengemeinschaft und der gemeinsamen Gefahrtragung auch bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft billig erscheinen, dem Geschäftsführer einen Anspruch auf Ersatz der Verluste zu geben. Dem dürfte auch die gesetzliche Regelung nicht entgegenstehen, sondern diese Auffassung nur befürworten. Denn § 713 BGB. macht ausdrücklich eine Ausnahme, „soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt". Wir sind der Auffassung, daß aber gerade das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses und die dadurch bedungene besonders enge Verbindung zwischen Beauftragtem und Auftraggeber (beides in analogem Sinne) dafür sprechen, daß auch Verluste ersetzt werden.

Die folgenden grundsätzlichen Erörterungen über die Durchsetzung der Ansprüche aus Aufwendungen und Verlusten haben für den, der sich unserer Ansicht anschließt, in vollem Umfang für die bürgerlich-rechtlichen und die handelsrechtlichen Gesellschaften Gültigkeit. Für den, der sich dagegen mit der herrschenden Ansicht auf den Standpunkt stellt, daß mit Ausnahme des Verschuldenfalles bei der Gesellschaft nach BGB. kein Ersatz für Verluste verlangt werden kann, haben die nachfolgenden Ausführungen im Falle der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft nur für die Aufwendungen Gültigkeit. Bezüglich der Handelsgesellschaften ergeben sich keinerlei Unterschiede.

§ 5. Die Befriedigung der im vorigen Abschnitt behandelten Ansprüche.

Die Aufwendungen des geschäftsführenden Gesellschafters begründen Verbindlichkeiten der Gesellschaft, unzweifelhaft ebenso die Verluste, so weit es sich um Handelsgesellschaften handelt und nach unserer Ansicht auch im Falle der Gesellschaft nach BGB. Für derartige Verbindlichkeiten haftet das Gesellschaftsvermögen. Zwar haften den Gesellschaftsgläubigern die Gesellschafter auch persönlich, also mit ihrem Privatvermögen. Der geschäftsführende Gesellschafter ist aber als Gesellschafter an die dem Gesellschaftsvertrag entspringende Verpflichtung gebunden, sich zumindest zunächst ausschließlich an das Gesellschaftsvermögen zu halten. Es kann aber der Fall eintreten, daß kein Gesellschaftsvermögen

(z. B. infolge Erschöpfung) mehr vorhanden ist. Die Frage, ob sich der geschäftsführende Gesellschafter nun auch schon während des Bestehens der Gesellschaft an seine Mitgesellschafter persönlich halten kann, ist streitig, wenn auch vorwiegend[22])[23]) angenommen wird, daß er es nicht kann. Unzweifelhaft kann er seine Ansprüche bei der späteren Auseinandersetzung zur Ausgleichung bringen. Handelt es sich aber beispielsweise um eine Gesellschaft von längerer Dauer, so kann die Hinauszögerung der Ausgleichung für ihn eine große Härte und Erschwerung bedeuten. Die herrschende Meinung sowohl der wissenschaftlichen Autoren[22]) wie auch der Rechtsprechung[23]) geht dahin, daß eine Beanspruchung der Mitgesellschafter nicht während des Bestehens der Gesellschaft erfolgen könne, auch nicht etwa eine anteilige. Der entgegengesetzte Standpunkt wird nur von einer Minderheit[24]) vertreten, und hat, soweit festzustellen, in die höchstrichterliche Rechtsprechung bisher keinen Eingang gefunden. Die herrschende Meinung sieht die hier fragliche Verpflichtung mit Recht als eine „Sozialverpflichtung" an. Schuldner sind die Gesellschafter. § 707 BGB. bestimmt, daß kein Gesellschafter „zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage" verpflichtet ist. Hieraus leitet die herrschende Meinung die Berechtigung ihrer Ansicht ab, denn eine Beanspruchung der Gesellschafter für Aufwendungen oder Verluste des Geschäftsführergesellschafters während des Bestehens der Gesellschaft käme der Erhöhung des Beitrags oder Ergänzung der Einlage gleich. Zunächst ist aber zu beachten, daß, wenn und solange der Geschäftsführer keinen Ausgleich finden kann, e r in unverhältnismäßig viel höherem Maße seine Einlage erhöht als seine Mitgesellschafter. wozu er ebensoviel und so wenig verpflichtet ist wie jene. Aus dem Umstand, daß der Betreffende die Geschäftsführung übernommen hat, kann jedenfalls keineswegs gefolgert werden, daß er auch bereit ist und die Verpflichtung übernehmen wollte, erforderlichenfalls seine Einlage zu erhöhen. Das werden auch hinsichtlich der Aufwendungen diejenigen nicht behaupten wollen, die bei der Gesellschaft nach BGB. eine freiwillige Übernahme des Risikos etwaiger Verluste annehmen. Es kann sich deswegen auch der geschäftsführende Gesellschafter, der von den Mitgesellschaftern Ausgleichung verlangt, darauf berufen, daß er gemäß § 707 BGB. nicht zur Erhöhung seiner Einlage verpflichtet sei. Sowohl das angebliche Recht der Mitgesellschafter, Ausgleichung zu verweigern.

---

[22]) Z. B. Staudinger § 705, IV, 1 b; Dür.-Hach.-Geiler A. 88; Oertmann § 713, 5; RGRK. § 713, 1; Staub-Pinner § 128 A. 21; Goldmann § 110, 13; Dür.-Hach.-Flechtheim § 110 A. 12 u. a.

[23]) RG. 59, 143; 80, 268.

[24]) Lehmann-Ring § 109, 5; Makower § 128, II a. 3. Enneccerus-Lehmann S. 572 Anm. II; Heinsheimer R., S. 49.

wie das des Geschäftsführers, sie zu verlangen, scheinen also, wenigstens formell ihre Stütze im Gesetz zu finden. Beide Rechte schließen einander aus. Es kann nun aber nicht die Aufgabe von Wissenschaft und Rechtsprechung sein, nur dem einen Teil in einer für den anderen sehr unbilligen Weise zu seinem Recht zu verhelfen. Vielmehr muß man in einem solchen Fall versuchen, Gesichtspunkte aufzuzeigen, die angetan sind, auch einen gerechten Ausgleich der Interessen herbeizuführen.

Es scheint uns grundsätzlich dem Sinne der Übernahme der Geschäftsführung für die Gesellschaft durch einen Gesellschafter zu entsprechen, daß dieser nicht schlechter gestellt sein soll, als die übrigen Gesellschafter. Das wird besonders deutlich dadurch, daß bei den Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, zumal wenn sie ideelle Ziele verfolgen, sich oft ein Gesellschafter, ohne eine Vergütung zu erhalten, zur Geschäftsführung zur Verfügung stellt, also dadurch schon gegenüber den übrigen Gesellschaftern mehr für die Gesellschaft aufopfert. Warum soll gerade dieser dann gleichsam wegen seines Opfers in wirtschaftlicher Beziehung noch besonders benachteiligt werden. Wir glauben, daß der Gesichtspunkt der gemeinsamen Gefahrtragung bei dem Geschäftsführer-Gesellschafter — auch entgegen der für den Auftrag getroffenen Regelung, die ja nur analog angewandt werden soll, „soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt" — einen Ausgleichungsanspruch auch wegen eventueller Verluste begründet. Derselbe Grundsatz gemeinsamer Gefahrtragung, der uns bei der Prüfung der Frage, o b der Anspruch auf Verlustersatz berechtigt sei, leitete, führt uns nunmehr, da es sich darum handelt, w a n n der Ausgleich für derartige Verluste und Aufwendungen verlangt werden kann, dazu, auch hier für eine dem Geschäftsführer günstigere Lösung einzutreten. Die Regelung, daß der Ausgleich bei den Mitgesellschaftern persönlich erst bei Beendigung der Gesellschaft, also im Auseinandersetzungsverfahren, soll verlangt werden können, befriedigt uns nicht. Die Gesellschafter haben Freuden und Leiden der Gesellschaft in gleicher Weise zu tragen. Eine Schlechterstellung des Geschäftsführers erscheint uns geradezu widersinnig, denn dieser nimmt lediglich die Wahrnehmung der Sorge für die Angelegenheiten der Gesellschaft einem Teil der Gesellschafter ab. E r trägt diese Sorge f ü r die a n d e r e n. Daraus folgern wir, daß die grundsätzlich gleiche organische Verbundenheit der Gesellschafter untereinander durch die Geschäftsführung nicht in eine ungleiche verwandelt werden soll.

Zu der Ablehnung der herrschenden Ansicht kommen wir jedoch nicht nur auf Grund von Billigkeitserwägungen. Die Gesetzesstelle, die sich hinsichtlich der Handelsgesellschaften über unsere Frage ausläßt, sagt, daß dem betreffenden Gesellschafter „die Gesellschaft zum Ersatze verpflichtet" ist. Die Vertreter der

gegnerischen Ansicht berufen sich auch auf diese Stelle mit dem Hinweis, daß hierdurch die Frage des Rückgriffs ausdrücklich in einem den Mitgesellschaftern günstigen Sinne festgelegt sei. Denn es heiße ja ausdrücklich, verpflichtet sei die Gesellschaft, aber nicht die Gesellschafter[25]). Dieses Argument erscheint uns, zumal es sich gerade bei der Regelung der Handelsgesellschaften findet, nicht stichhaltig. Denn bei diesen ist gerade der Zusammenschluß der Gesellschafter enger als bei der Gesellschaft nach BGB., die Handelsgesellschaften sind der Institution der selbständigen juristischen Rechtsperson näher. Darum kann das Gesetz hier auch um so leichter, wenn es die Vielzahl der Gesellschafter meint, den Kollektivausdruck „Gesellschaft" anwenden. Die gegenteilige Ansicht erscheint uns zu eng und vor allem formal. Von der „Gesellschaft" konnte hier auch um dessentwillen eher gesprochen werden, als das HGB. selbst sagt, daß im Rechtsverkehr die Gesellschaft eben als „Gesellschaft" auftreten darf und als solche selbständig Rechte und Pflichten haben kann. Diese Rechte und Pflichten der Gesellschafter — wenn der § 124 HGB. auch von ihnen bei Behandlung des Verhältnisses zu Dritten spricht — sind aber nicht verschieden, sondern identisch mit denen der Gesellschafter. Wir möchten aber auch das nicht unbedingt dem § 110 entnehmen, denn es scheint uns in dieser Gesetzesstelle gar nicht soviel enthalten zu sein. Wenn es heißt, die „Gesellschaft" sei zum Schadensersatz verpflichtet, so kann man daraus weder mit Sicherheit entnehmen, daß eine persönliche Beanspruchung der Mitgesellschafter ausgeschlossen sein soll, noch, daß sie zugelassen sein soll. Der § 110 HGB. sagt, daß Ersatz verlangt werden kann, und gegenüber der Gesellschaft des BGB. stellt er zumindest in für die Handelsgesellschaften unzweifelhafter Weise fest, daß er auch für Verluste verlangt werden kann. Mehr besagt die Gesetzesstelle positiv nicht, insbesondere also auch nichts über die Person des Ersatzpflichtigen und den Zeitpunkt der Fälligkeit des Anspruchs. In RG. 59, 143 heißt es wörtlich: „Zweck und Bedeutung des Art. 93 altes HGB. (diese Bestimmung entspricht dem § 110 HGB. D. Verf.) liegt gerade darin, daß der Gesellschafter anstatt der nach bürgerlichem Recht etwa aus Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag usw. gegebenen Ansprüche die dort geregelte Forderung gegen die Gesellschaft hat." Der gleiche Senat (II. Senat) hat aber in dem Erkenntnis RG. 80,278 denselben Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen schon während der Dauer der Gesellschaft im Falle einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts auf Grund des § 707 BGB. abgelehnt. Wenn dieses Urteil auch später als das erstgenannte erging, so ergibt sich doch daraus mit aller Klarheit und für die Ver-

[25]) Ebenso RG. 59, 144.

treter der Ablehnung des Anspruchs auch mit Recht, daß die Ablehnung sich aus der ja auch für die Handelsgesellschaften gültigen Bestimmung des § 707 BGB. ableitet. Schon allein deswegen kann der § 110 HGB. nicht noch einmal die gleiche Bedeutung haben, wie es RG. 59, 143 aber annimmt.

Die entscheidende Bestimmung ist eben der § 707 BGB. Neben den bereits erörterten Billigkeitserwägungen halten wir diese Bestimmung aber im Gegensatz zur herrschenden Meinung im vorliegenden Fall auch aus rechtlichen Gründen nicht für anwendbar. Wenn die Gesellschafter einen mit der Geschäftsführung beauftragen, so wissen sie, daß dieser normalerweise für die Geschäftsführung und in ihrem Verlauf Aufwendungen zu machen hat. Der Geschäftsführer aber macht diese Aufwendungen nicht für sich (allenfalls nur zu einem seiner Beteiligung entsprechenden Anteil), sondern er macht sie für die Gesellschaft und damit eben für sämtliche Gesellschafter. Er erscheint uns viel zu eng, daß der Inhalt des dem Geschäftsführer erteilten Auftrags nur sein solle, die Geschäfte zu führen. Darüber hinaus enthält der Auftrag die Berechtigung, auch für die Gesellschafter die erforderlichen Aufwendungen zu machen. Der Geschäftsführer, der als Vertreter der Gesellschafter handelt, tut ja, wenn er die erforderlichen Aufwendungen macht, nur das, was die Gesellschafter selbst im gleichen Augenblick täten, wenn er es nicht eben für sie täte. Die Gesellschafter erklären sich im Zeitpunkt der Erteilung des Auftrages mit den Aufwendungen, die eine normale Geschäftsführung erfordert, einverstanden. Macht der Geschäftsführer zu einer Zeit Aufwendungen, in der kein Geschäftsvermögen mehr vorhanden ist, so tut er auch das nur für seine Mitgesellschafter. Auch diese Aufwendungen sind also als solche anzusehen, die alle Gesellschafter gemeinsam machen. Sie würden also, wenn sie selbst handelten, in diesem Augenblick freiwillig ihre Nachschüsse erhöhen. Dazu sind sie ja wegen der dispositiven Natur des § 707 berechtigt. Da nun der Geschäftsführer nunmehr diese Aufwendungen auf Grund des ihm seinerzeit erteilten Auftrags macht, haben eben die Gesellschafter inhaltlich ihres Auftrags im Zeitpunkt dessen Erteilung die Leistung von Nachschüssen insoweit bewilligt, als sie im Falle der Erschöpfung des Gesellschaftsvermögens die ordnungsgemäßen Aufwendungen des Geschäftsführers erfordern. Denn es wird und muß dem Willen der Parteien und dem Sinn ihrer organischen Verbundenheit entsprechen, daß sie auf diese Weise die Sonderbelastung eines einzelnen zugunsten aller anderen verhindern wollen. Der Ausgleichsanspruch des Geschäftsführers bedeutet nichts anderes als das Verlangen, die für den Eventualfall bereits beschlossenen Nachschüsse nunmehr un-

mittelbar an ihn zu leisten. Denn es kann unterstellt werden, daß ihm dieser Anspruch unmittelbar persönlich zustehen soll. Eine Leistung zunächst an die Gesellschaftskasse, aus der sich dann der Geschäftsführer-Gesellschafter in gleicher Höhe befriedigt, wird nicht gewollt sein und wäre auch formalistisch. Das scheint auch die herrschende Lehre anzunehmen; denn sonst könnte sie ja nicht den Anspruch eines einzelnen i. S. des § 707 BGB. werten, sondern nur den der Gesellschaft. Die Grundauffassung der herrschenden Ansicht, daß es sich um einen Anspruch, auf den der Grundsatz des § 707 anzuwenden ist, handelt, teilen wir. Wir unterscheiden uns nur darin von ihr, daß wir den Anspruch für durchsetzbar halten, weil sich die Gesellschafter damit einverstanden erklärt haben, während die Gegenansicht die Durchsetzung ablehnt.

Nur beiläufig sei noch darauf hingewiesen, daß man die Berechtigung der Anwendbarkeit des § 707 BGB. auch damit hat begründen wollen, daß er eine berechtigte wirtschaftliche Beschränkung des geschäftsführenden Gesellschafters enthalte. Dieses Argument jedoch erscheint uns rechtlich nicht durchschlagend. Denn eine solche Beschränkung des Geschäftsführers ist nicht erfolgreich, weil ja aus dem Inhalt des Auftrags und dessen gesetzlicher Regelung, die ja analag anzuwenden ist (auf Grund des § 713 BGB.), sich die Beschränkungen hinreichend ergeben. Außerdem ist durchaus nicht einzusehen, warum der Geschäftsführer wenn er Gesellschafter ist, in anderer Weise beschränkt werden soll, als ein nicht der Gesellschaft angehörender Geschäftsführer, der lediglich in einem Anstellungsverhältnis zur Gesellschaft stände. Das wäre aber, wenn man die genannte Funktion des § 707 BGB. annehmen wollte, der Fall. Denn dieser kann seiner systematischen Stellung im Gesetz entsprechend nur auf Mitglieder der Gesellschaft Anwendung finden.

Es scheint uns damit die Berechtigung des fraglichen Anspruchs auf sofortige Ausgleichung nachgewiesen zu sein. Das Ergebnis ist, wie schon oben gesagt, das gleiche in Fällen, in denen ein Gesellschafter Aufwendungen gemacht hat, die unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag berechtigt sind. Denn es darf dann der betr. Gesellschafter Ersatz verlangen, wie wenn er vor dem Zeitpunkt, in dem er die Aufwendungen machte, mit der Geschäftsführung betraut worden wäre (§ 683 BGB.). — Es ist nunmehr, nachdem wir festgestellt haben, daß sofortiger Ersatz verlangt werden kann, zu untersuchen, in welcher Weise er verlangt werden kann.

Da grundsätzlich bei den innergesellschaftlichen Ansprüchen der für sonstige Gesellschaftsschulden geltende Grundsatz der Gesamtschuldnerschaft keine Anwendung finden kann, kann er auch

hinsichtlich des Ersatzanspruchs des geschäftsführenden Gesellschafters nicht zur Durchsetzung des Anpruchs verhelfen. Denn dieser Ersatzanspruch ist ja gerade ein Fall innergesellschaftlicher Ansprüche.

Aus dem Gesellschaftsvertrag sind die Gesellschafter, wie sie anteilig am Gesellschaftsvermögen und am Gewinn beteiligt sind, auch verpflichtet, den Verlust anteilig zu tragen. Auch die Aufwendungen und Verluste des geschäftsführenden Gesellschafters, der aus dem Gesellschaftsvermögen keine Befriedigung finden kann, sind derartige Verluste, die von Mitgesellschaftern anteilig zu tragen sind. Darüber, daß das bei Beendigung der Gesellschaft der Fall ist, herrscht kein Streit. Daß grundsätzlich auch vor Beendigung der Gesellschaft der Regreß zulässig sein muß, wiesen wir nach. Auch zu diesem früheren Zeitpunkt kann die Art der Beanspruchung grundsätzlich keine andere sein. Es hat also der Geschäftsführer-Gesellschafter zunächst den auf ihn selbst entfallenden Anteil zu berücksichtigen[26]). Daß er diesen, wie wir oben nachwiesen, mit der Vornahme der Aufwendung bereits erbracht hat, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Er kann dafür keinerlei Ersatz verlangen. Der Geschäftsführer-Gesellschafter ist Gläubiger der Gesellschaft, aber gerade als Gesellschafter, d. h. auf Grund seiner Gesellschaftszugehörigkeit. Denn er wird meist gerade auf Grund seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft zum Geschäftsführer bestellt sein, weil man eben einem Gesellschafter und nicht einem Dritten die Geschäftsführung übertragen will. Der Anspruch des geschäftsführenden Gesellschafters ist ein innergesellschaftlicher, — er entspringt unmittelbar dem Gesellschaftsverhältnis. Und mit noch größerer Berechtigung trifft das bei anderen Aufwendungen der Gesellschafter zu. (Denkbar wäre zwar auch, daß ein Nicht-Gesellschafter Geschäftsführer ist. Ist es aber ein Gesellschafter, der die Geschäfte führt, so eben, weil grundsätzlich und zunächst ein oder mehrere Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt sind. Das ergibt auch die gesetzliche Regelung. Der Fall der Geschäftsführung durch einen Dritten stellt einen Ausnahmefall dar.) Es handelt sich also hier nicht um einen an sich mit dem Gesellschaftsverhältnis in keinem Zusammenhang stehenden Anspruch, der im konkreten Fall nur zufällig einem Gesellschafter zusteht. (Über solche Ansprüche und ihre Behandlung s. § 8.) Darum findet der innergesellschaftliche Grundsatz, daß jeder nur entsprechend seiner Beteiligung an der Gesellschaft verpflichtet sein soll (proratarisch), Anwendung.

---

[26]) Bei Befriedigung aus dem Ges'tsvermögen braucht er das jedoch nicht; es besteht kein Grund, ihn persönlich schon zu einem Zeitpunkt zu belasten, in dem die anderen Ges'ter unbelastet bleiben. Verfehlt Heinsh., R. S. 49; wie hier Dür.-Hach.-Flechtheim § 110 A. 12.

Nun kann der Fall eintreten, daß die von einem Gesellschafter geschuldete Rate nicht bei diesem beizutreiben ist. Es entsteht dann die Frage, ob der Gläubiger während des Bestehens der Gesellschaft sich für diesen Ausfall wieder proratarisch an die übrigen Mitgesellschafter halten kann, oder ob er den Ausfall selbst zu tragen hat, bis er bei Beendigung der Gesellschaft, im Auseinandersetzungsverfahren Ausgleichung verlangen kann. Daß er bei Beendigung der Gesellschaft Ausgleichung verlangen kann, unterliegt keinem Zweifel.

Wir legten oben dar, daß es u. E. dem Geschäftsführer-Gesellschafter nicht zuzumuten ist, mit jeglichem Ausgleichungsanspruch bis zur Beendigung der Gesellschaft zuzuwarten. Und wir begründeten, warum im Rahmen ihrer proratarischen Beteiligung die Mitgesellschafter auch während des Bestehens der Gesellschaft zur Ausgleichung verpflichtet sind. Ausschlaggebend war für uns, daß es allein sinngemäßer Auslegung des Auftragsverhältnisses entspricht, daß die Ausgleichung schon vor Entstehung des Anspruchs, also gleichsam „blanko" bewilligt wurde. Das verlangten auch Erwägungen über die organische Verbundenheit der Gesellschafter untereinander. Die innergesellschaftliche Verbundenheit findet aber dort ihre Grenze, wo sie das Beteiligungsverhältnis des einzelnen Gesellschafters zu übersteigen droht. Das Gesetz bestimmt ja selbst ausdrücklich, daß eine Inanspruchnahme für Verluste auch über die quotenmäßige Beteiligung hinaus im Auseinandersetzungsverfahren oder bei sonstiger Auflösung der Gesellschaft stattfinden soll. In diesem Augenblick hört ja auch rechtlich die gesellschaftsvertragliche Bindung der Gesellschafter im Verhältnis zueinander auf, jedenfalls im Hinblick auf Vermögensrechte. Denn diese sollen ja nunmehr frei von Bindungen und Beschränkungen, die während der Gesellschaft bestanden, abgewickelt werden. Solange aber die Gesellschaft besteht, darf nach unserer Ansicht eine Beanspruchung über das der gesellschaftlichen Beteiligung entsprechende Maß hinaus nicht stattfinden. Daraus folgt für die von uns hier aufgeworfene Frage, daß der Geschäftsführer-Gesellschafter die Rate selbst zu tragen hat (bis zur Beendigung der Gesellschaft), die auf einen nicht leistungsfähigen Mitgesellschafter entfällt.

Gegner unserer Ansicht könnten vielleicht geneigt sein, dieses Ergebnis, bei dem der Geschäftsführer-Gesellschafter also unter Umständen doch eine größere Last während des Bestehens der Gesellschaft zu tragen hätte, als seine Mitgesellschafter, uns mit unseren eigenen Argumenten zu widerlegen. Sie könnten behaupten, daß damit der Geschäftsführer doch im Sinne des § 707 BGB. seine Einlage erhöht habe. Wir hätten aber eingangs selbst die Behauptung aufgestellt, dafür könne er sich an seine Mitgesellschafter halten. Wenn wir diesen Grundsatz konsequent durch-

führen wollten, so müßten wir auch jetzt für den Ausfall den Regreß zulassen. —

Diese Bedenken müssen fehlgehen. Denn wir sagten oben nur, daß dem genannten Einwand gegenüber, wenn er von den Mitgesellschaftern erhoben werden sollte, sich der Geschäftsführer (oder ein sonstiger Gläubiger wegen Aufwendungen und Verlusten) auf denselben Gesichtspunkt berufen könne. Demzufolge ist es richtig, daß auch bei der jetzt erörterten Situation sich der Geschäftsführer gegenüber den Mitgesellschaftern sich wieder genau so verhalten könnte. Allein, wir haben mit dieser Argumentation oben nur einen von der Gegenseite erhobenen Einwand entkräften wollen, nicht aber unsere grundsätzliche Auffassung von der Möglichkeit eines Rückgriffes damit begründet. Vielmehr sahen wir als Grundlage unserer Auffassung an, daß die Gesellschafter auf Grund des zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisses im Hinblick auf ihre gesellschaftlichen Beziehungen zueinander, entsprechend ihrer Beteiligung, gleich berechtigt und gleich verpflichtet sind. Dem ist aber Genüge getan, wenn der Rückgriff bis zur Höhe der der Beteiligung entsprechenden Rate gestattet wird. Es erscheint aber, wie ausgeführt, unzulässig, die der Beteiligung entsprechende Höhe zu überschreiten. Darin wäre ein Verstoß gegen den Gesellschaftsvertrag zu erblicken.

Das Ergebnis ist also, daß wir den Rückgriff grundsätzlich auch während des Bestehens der Gesellschaft zulassen. Aber der Rückgriff darf, wie es der Sinn des Gesellschaftsvertrages ergibt, nur bis zur Höhe der proratarischen Beteiligung zulässig sein; darüber hinaus ist er nicht statthaft.

Dies Ergebnis erscheint auch gerechtfertigt, wenn man das Gesellschaftsverhältnis daraufhin betrachtet, daß es ja regelmäßig während einer gewissen Zeitdauer besteht. Es ist sehr wohl denkbar, daß ein Gesellschafter in einem bestimmten Augenblick, in dem der Rückgriff erfolgt, außerstande ist, den fordernden Gesellschafter zu befriedigen. Er ist aber vielleicht schon bald darauf gerade durch Einkünfte, die ihm aus der Gesellschaft zustehen, in der Lage, nunmehr den Anspruch seines Mitgesellschafters zu befriedigen. Die Verbundenheit der Gesellschafter aus dem Vertragsverhältnis rechtfertigt es, daß sie diese Chance gemeinsam tragen. Die übrigen Mitgesellschafter können eine den ratenmäßigen Anteil übersteigende Beanspruchung auch damit ablehnen, daß sie darauf hinweisen, daß ja noch gar nicht feststehe, ob der zur Zeit zahlungsfähige Gesellschafter nicht gerade auf Grund seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft, doch in der Lage sein werde, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Dieses Risiko, ob das vor Beendigung der Gesellschaft der Fall sein wird — nach Beendigung hat er ja ohnehin auch wegen des etwaigen Ausfalls bei einem Mitgesellschafter einen Ausgleichungsanspruch auch

gegen seine anderen Mitgesellschafter — muß der geschäftsführende Gesellschafter allerdings tragen. Ein gewisses Risiko trägt schließlich jeder, der auf Grund seines Vertragsverhältnisses mit einem anderen in einem Schuldverhältnis — am klarsten tritt das bei dem Gesamtschuldverhältnis hervor — verbunden ist. Und bei dem geschäftsführenden Gesellschafter handelt es sich eben im Falle der Zahlungsunfähigkeit eines Mitgesellschafters im Verhältnis zu der sonstigen obligatorischen Verbundenheit der Gesellschafter untereinander, um ein erhöhtes Risiko. Wir werden unten noch zeigen, daß das erhöhte Risiko auch noch in anderen Fällen eintritt. Hier aber kam es uns vor allem darauf an, nachzuweisen, daß es nicht angeht und auch nicht der Sinn des Gesellschaftsverhältnisses sein kann, in den Fällen, in denen die Möglichkeit besteht, das Risiko gleichmäßig zu verteilen, es einem einzigen allein aufzubürden. Wenn wir davon ausgehen, daß normalerweise die Mitgesellschafter in gleicher Weise die Möglichkeit zum Ausgleich haben — und daß es nur einen Ausnahmefall darstellt, daß bei einem Mitgesellschafter der Rückgriffsanspruch unbefriedigt bleibt, — so können wir zusammenfassend sagen, daß normalerweise im Falle von Aufwendungen und Verlusten, vor allem des geschäftsführenden Gesellschafters, ein gerechter und befriedigender Ausgleich möglich und allein sinngemäß ist, und daß er darum stattfinden muß.

§ 6. Die innergesellschaftlichen Folgen der Bezahlung von Gesellschaftsschulden durch einen Gesellschafter.

Das eben behandelte Problem erscheint in ähnlicher Weise, wenn ein Gesellschafter von einem Gläubiger der Gesellschaft in Anspruch genommen worden ist und demzufolge eine Gesellschaftsschuld bezahlt hat. (Wir betrachten ausdrücklich zunächst nur den Fall, daß auf Grund der gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden ein einzelner Gesellschafter in Anspruch genommen worden ist. Fälle wie die, in denen ein Mitgesellschafter einem Gläubiger eine Forderung gegen die Gesellschaft abkauft, bleiben vorläufig außerhalb unserer Betrachtung.) Auch in diesem Falle fragt es sich, ob nun der Mitgesellschafter schon während des Bestehens der Gesellschaft bei seinen Mitgesellschaftern Rückgriff nehmen kann. Allerdings werden wir sehen, daß hier auch noch einige rechtliche Gesichtspunkte zu erörtern sind, die bei ihm im vorigen Paragraphen behandelten Fall nicht zur Erörterung standen.

Auch die Bezahlung einer Gesellschaftsschuld durch einen Gesellschafter stellt eine „Aufwendung" des letzteren im Sinne des Gesetzes (etwa des § 110 HGB.) dar[27]). Einen Unterschied zwischen

[27]) Dür.-Hach.-Flechtheim, § 128 A. 14.

diesen Aufwendungen und denen des Geschäftsführers macht das Gesetz nicht, im Gegenteil: die genannte Stelle beispielsweise deutet darauf hin, daß das Gesetz die beiden Fälle gleichmäßig behandeln will. Trotzdem finden sich hinreichend Beispiele, in denen sowohl in der Literatur wie in der Rechtsprechung ein Unterschied gemacht wird. Ob dieser Unterschied berechtigt ist oder nicht, ob also verneinendenfalls eine gleichmäßige Behandlung der beiden, zumindest auf den ersten Blick gleichgelagerten Fälle erforderlich ist, wollen wir im folgenden untersuchen und begründen. Hier soll nur zunächst darauf hingewiesen werden, daß die fraglichen Gesetzesstellen einen Unterschied nicht machen.

Wird ein Gesellschafter in Anspruch genommen, so kann er sich zunächst an das Gesellschaftsvermögen halten, um dort Regreß zu nehmen[28]). Darüber herrscht kein Streit. Denn innergesellschaftlich gesehen, dient ja, wie wir oben ausführten, zunächst das Geschäftsvermögen dem Betriebe der Gesellschaft. Sehr streitig ist aber, welche Möglichkeiten der in Anspruch genommene Gesellschafter hat, wenn das Gesellschaftsvermögen erschöpft ist. Kann er sich dann, wie wir es für den geschäftsführenden Gesellschafter feststellten, an seine Mitgesellschafter persönlich halten, und wenn ja, in welcher Weise?

Im Falle der Geschäftsführung legten wir dar, daß gegenüber der Beanspruchung ein Einwand aus dem § 707 BGB. schon deswegen nicht, jedenfalls nicht bis zur Erreichung der Höhe des Verlustanteils, abgeleitet werden könne, da sich beide Parteien gleichmäßig auf ihn berufen könnten. Und weiter, daß die Möglichkeit einer Beanspruchung sich daraus ergebe, daß man das Auftragsverhältnis und die in ihm enthaltenen Verpflichtungen so auslegen müsse, wie es allein dem die einzelnen Gesellschafter in besonderem Maße verbindenden Sinn des Gesellschaftsvertrages entspreche. Die gleichen Gedanken müssen auch bei der Untersuchung der Frage des Regresses nach erfolgter Beanspruchung maßgebend sein.

So, wie sich bei dem geschäftsführenden Gesellschafter der Anspruch gegen die Mitgesellschafter auf Mittragung der Aufwendungen und Verluste aus dem Auftragsverhältnis ergab, so hat der zur Zahlung von Gesellschaftsschulden in Anspruch genommene Gesellschafter einen Anspruch auf Mittragung durch seine Mitgesellschafter auf Grund des zwischen ihnen bestehenden Gesellschaftsverhältnisses und des sich daraus nach außen ergebenden Gesamtschuldverhältnisses. Die gesamtschuldnerische Haftung besteht grundsätzlich bei den Personalgesellschaften. Ausnahmsweise

---

[28]) Hierbei braucht er (vgl. oben) nicht seinen eigenen Anteil zuzuziehen, ebenso Dür.-Hach.-Flechtheim § 110, A. 12; anders Heinsheimer, S. 49.

kann sie, wie wir oben bereits darlegten, als wir die besondere ausdrückliche Bestimmung des § 128 HGB. begründeten, bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts —, im Gegensatz zu den Handelsgesellschaften — beschränkt werden. Uns interessieren hier aber nur die Fälle, in denen die Gesamthaftung besteht. In den übrigen Fällen wird eben bei Beschränkung der Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen eine Beanspruchung des einzelnen Gesellschafters unmöglich sein, und es kann sich dann auch nicht die Frage nach der persönlichen Ausgleichsverpflichtung der Gesellschafter untereinander ergeben. Möglich ist aber auch, daß nur die Haftung einzelner Gesellschafter bestimmt ist, und dann kann auch nur zwischen diesen eine Ausgleichung in Frage kommen, die dann allerdings nach den hier im folgenden zu entwickelnden Grundsätzen wird stattfinden können.

Nach § 426, Abs. 2 BGB. rückt derjenige Gesamtschuldner, der den Gläubiger befriedigt, im Verhältnis zu seinen Mitschuldnern in die Stellung des ehemaligen Gläubigers ein. Es gehen also dessen Rechte auf ihn über, und er kann nunmehr Leistung an sich verlangen. Hierbei hat er dann nur die Beschränkung des Abs. 1 zu berücksichtigen, wonach die Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Teilen berechtigt sind. Er hat also seinen eigenen Anteil abzuziehen, und kann ferner von jedem seiner Mitschuldner nur dessen Anteil verlangen, wobei er allerdings einen nicht beizutreibenden Anteil abermals „umlegen" kann.

Nun wird aber gesagt[29]), daß eine Beanspruchung der Mitgesellschafter während des Bestehens der Gesellschaft mit dem § 707 BGB. nicht vereinbar, also unzulässig sei. Richtig ist zwar, daß die Mitgesellschafter im Falle der Leistung ihre Einlage wegen entstandenen Verlustes ergänzen würden. Nichts anderes aber täte, vor allem wirtschaftlich gesehen, der den Gläubiger weit über das seiner Beteiligung entsprechende Maß hinaus befriedigende Gesellschafter. Also auch hier könnte sich der zahlende Gesellschafter in gleichem Maße wie der Geschäftsführer-Gesellschafter auf den § 707 BGB. berufen. Zwar kann er das nicht dem Gläubiger gegenüber, da er ihm gegenüber ja zur Zahlung verpflichtet ist. Wohl aber kann er das im innergesellschaftlichen Verhältnis seinen Mitgesellschaftern gegenüber. Denn ihnen gegenüber ist er genau so viel und genau so wenig verpflichtet, wie diese selbst, seine Einlage zu erhöhen oder einen Verlust zu ergänzen. Auch ein anderes Argument kann man ihm nicht entgegenhalten:

Dem Geschäftsführer kann man vielleicht — wir halten es nicht für zulässig — entgegenhalten, er dürfe sich seinerseits nicht auf den § 707 BGB. berufen, weil er ja die Geschäftsführung nicht zwangsweise, sondern freiwillig übernommen habe. Er wird u. E.

---

[29]) Z. B. Planck, § 426, 1.

aber demgegenüber darauf verweisen können, daß es weder sein Wille noch auch vernünftigerweise der seiner Mitgesellschafter (s. o.) gewesen sein könne, daß er darum mehr als die anderen belastet werden solle, daß das eben nicht ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit entspreche. Noch weniger als dem Geschäftsführer kann ein derartiges Argument etwa dem auf Verlangen eines Gläubigers leistenden Gesellschafter entgegen gehalten werden. Denn dieser leistet ja gezwungen und nicht freiwillig.

Es spricht also zunächst die Billigkeit gegen die Anwendbarkeit des § 707 BGB., aber für die grundsätzlich sofort stattfindende Ausgleichung innerhalb eines Gesamtschuldverhältnisses. Es kann u. E. der § 707 aber auch rechtlich nur dahin ausgelegt werden, daß nicht ein einzelner Gesellschafter in besonderer Weise herangezogen werden darf, um seine Einlage zu ergänzen oder den auf ihn entfallenden Verlustanteil zu ersetzen. Und es darf auch nicht die Gesamtheit der Gesellschafter — sofern nicht eine abweichende Regelung getroffen wird oder, wegen der dispositiven Natur des § 707, bereits im Vertrag getroffen wurde — wegen eines sie in gleicher Weise treffenden Verlustes zur Ergänzung herangezogen werden. Das ist der Fall, wenn sich in der Gesellschaftskasse ein Fehlbetrag ergibt, für den alle Gesellschafter gemeinschaftlich aufzukommen haben. Etwas ganz anderes aber scheint es uns zu sein, wenn bei einem einzelnen ein Verlust bereits entstanden ist, der gesellschaftsrechtlich allen gemeinsam zur Last fallen muß, zunächst aber nur einen einzelnen belastet. Der § 707 kann u. E. nur besagen, daß im Verhältnis der Gesellschafter zueinander keiner gezwungen werden kann, seinerseits einen Verlust oder dgl. zu tragen, d. h. auf sich zu nehmen. Einen Unterschied macht es aber, wenn ohne Zutun der Mitgesellschafter auf Grund einer das Außenverhältnis regelnden Bestimmung von außen her die Belastung auf einen einzelnen gewälzt wird. Handelt es sich, wie im Falle der Bezahlung einer Gesellschaftsschuld, dabei um eine Last, die im Innenverhältnis alle gemeinsam zu tragen haben, so steht der § 707 der Ausgleichung einer bereits zwangsweise eingetretenen Belastung eines einzelnen nicht entgegen. Der § 707 BGB. sagt lediglich, daß aus dem Innenverhältnis heraus, also von seiten der Gesellschafter, kein Mitgesellschafter noch auch, wenn es im Gesellschaftsvertrag nicht vorbehalten war, ihre Gesamtheit zum Nachschuß gezwungen werden darf. Dem stände allerdings das Wesen der Personalgesellschaft entgegen, nicht aber einer gerechten Ausgleichung eines auf Grund besonderer, die Beziehung zu Dritten regelnden Bestimmungen bereits geleisteten Nachschusses durch einen einzelnen Gesellschafter. Der § 707 BGB. besagt, positiv ausgedrückt: Kein Gesellschafter ist zum Nachschuß verpflichtet. Daß sich das nicht einfach auf j e d e s Nachschußverlangen bezieht, geht doch deutlich daraus hervor, daß

eben von einem Gesellschaftsgläubiger wohl ein Nachschuß verlangt werden kann; denn nichts anderes ist das Zahlungsverlangen eines Gläubigers an einen Gesellschafter, da der Gesellschafter im Falle der Erschöpfung des Gesellschaftsvermögens bei der Befriedigung zwangsweise einen Nachschuß leistet. Man hat eben zu unterscheiden zwischen dem von außen kommenden Verlangen und dem von innen kommenden. Denn für den betreffenden Gesellschafter ist auch die Befriedigung eines von außen gegen ihn gerichteten Anspruchs wirtschaftlich die Leistung eines Nachschusses. Das von außen kommende Verlangen kann der § 707 BGB. nicht hindern; und ist dem von außen herrührenden Verlangen nachgekommen, so handelt es sich bei dessen Ausgleichung nicht um ein neues Nachschußverlangen, daß nunmehr von innen an jeden Gesellschafter herantritt, sondern es handelt sich nach wie vor um dasselbe von außen kommende Nachschußverlangen, das nunmehr, wie es der gesellschaftlichen Verbundenheit der Gesellschafter entspricht, nachdem ihm zwangsweise nachgekommen werden mußte, auf die einzelnen Gesellschafter „umgelegt" wird.

Daß der Rückgriffsanspruch des zahlenden Gesellschafters kein Anspruch ist, wie ihn der Gesetzgeber bei Abfassung des § 707 BGB. im Sinne hatte, geht ganz klar und deutlich auch daraus hervor, daß der Ausgleichungsanspruch lediglich dem Gesellschafter zusteht, der auf Grund seiner Leistung in die Stellung des Gläubigers rückt. Eventuelle Ansprüche auf Beitrag oder Ergänzung der Einlage, von denen § 707 spricht, stehen aber nicht einem einzelnen Gesellschafter zu, sondern lediglich jeweils der Gesamtheit der übrigen Gesellschafter. Es wäre auch unbefriedigend, wenn der einzelne Gesellschafter bei Geltendmachung der Forderung von außen her den Anspruch befriedigen müßte, wenn er dagegen dann, wenn die Forderung nur mittelbar von außen, aber unmittelbar von innen her gegen ihn geltend gemacht würde, die Befriedigung mit einem Hinweis auf § 707 verweigern könnte[30]). Der § 707 stellt zwar „ein Grundprinzip der gesellschaftlichen Organisation"[31]) dar; aber nur der inneren, während es sich hier um die äußere handelt.

In der handelsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung[32]) findet sich eine Ablehnung des sofortigen Rückgriffs mit dem Hinweis, er stände mit dem Wesen der OHG. in Widerspruch. Es handelt sich dabei also um einen Einwand, der geeignet ist, in unserer Frage zu einer verschiedenen Beurteilung zu führen, je nachdem, ob es sich um eine bürgerlich-rechtliche oder handelsrecht-

---

[30]) Ebenso Oertmann, § 713, 5.

[31]) Staudinger § 707 I.

[32]) Siehe dazu Staub-Pinner § 128 A. 19; Lehmann-Hoeniger S. 258, A. 2; Lehmann-Ring § 128 Nr. 13; Goldmann § 128 Nr. 24; Schreiber S. 140; RG. 31, 141.

liche Gesellschaft handelt. Dieser Standpunkt wird, wenn auch ohne eingehendere Begründung auch von der Denkschrift zum HGB. vertreten (S. 101). Das scheint uns aber kein zwingender Grund für seine Berechtigung zu sein, denn wenn mit diesem Wesen der OHG. im Gegensatz zu sonstigen Personalgesellschaften die Besonderheiten gerade der Handelsgesellschaften gemeint sind, so scheinen uns auch diese nicht gegen die Ausgleichung zu sprechen. Richtig ist zwar, daß die Gesellschafter, wenn sie auch grundsätzlich nach außen unbeschränkt haften, im Innenverhältnis nur mit einem Teil ihres Vermögens an der Gesellschaft beteiligt sind. Richtig ist weiter, daß dem Gesellschaftsvermögen bei den Handelsgesellschaften eine größere Selbständigkeit zukommt als bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft. Das erklärt sich aus den besonderen Bedürfnissen eines Handelsgeschäfts, dafür zu sorgen, das Geschäftsvermögen zu erhalten und evtl. zu vergrößern. Soweit aber geht die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens nicht, daß es nicht einmal dazu dienen soll, einem Gesellschafter zur Befriedigung eines ihm aus dem Gesellschaftsverhältnis zustehenden Anspruchs Befriedigung zu gewähren. Es kann nicht angenommen werden, daß das Geschäftsvermögen im Verhältnis der Gesellschafter untereinander als ein lediglich den Ansprüchen von Gläubigern, die außerhalb der Gesellschaft stehen, dienendes Haftungsobjekt sein soll. Aber selbst, wenn man so weit gehen sollte, diese Auffassung von der besonderen Bereithaltung des Gesellschaftsvermögens für derartige Gläubiger als dem Wesen einer Handelsgesellschaft entsprechend zu billigen, so dürfte u. E. auch das nicht dahin führen, die Befriedigung eines Gläubigers abzulehnen, der zwar Gesellschafter ist, der aber in diese Gläubigerstellung auf Grund seiner persönlichen Haftung Dritten gegenüber gelangt ist. Das „Wesen der OHG." rechtfertigt lediglich eine stärkere wirtschaftliche Selbständigkeit des Gesamtvermögens, nicht aber eine rechtliche. Darum bleibt die Frage der Haftung unberührt, d. h. die Haftung besteht für alle Personalgesellschaften in gleicher Weise.

Der Regreß bei den einzelnen Gesellschaftern wegen bezahlter Gesellschaftsschulden scheint uns also nicht im Widerspruch mit dem Wesen der Personalgesellschaften zu stehen. Den Besonderheiten der Personalgesellschaften wird hinreichend Rechnung getragen dadurch, daß die Beanspruchung erst subsidiär hinter dem Gesellschaftsvermögen zulässig sein soll[33])[34]).

---

[33]) Im Ergebnis f. d. Ges't. Ebenso Dür.-Hach.-Geiler A. 90; Staud. § 705 IV, 1 c; Dernburg § 358, II, 2; Oertmann § 713, 5; Enneccerus-Lehmann S. 572; a. RG. in JW. 1912, 240 Nr. 7.

[34]) Für die Handelsges'en (entgegen der in der handelsrechtl. Literatur überwieg. Meinung) Dür.-Hach.-Flechtheim § 128 A. 14; Heinsh. S. 49; RFH. in Steuer u. Wirtschaft 30, 1484.

Ein Zwiespalt zwischen der Vorschrift des § 707 BGB. und dem § 426, der grundsätzlich sofortige Ausgleichung zuläßt, besteht also gar nicht. Man kann also auch nicht, wie das zuweilen geschieht, von einer „Modifikation“[35]) des § 707 durch den § 426 sprechen. Denn weil der § 707, wie wir darlegten, einen Anspruch wie den hier fraglichen gar nicht behandelt, kann man nicht sagen, daß etwa durch den § 426 eine Ausnahme gemacht werde. Vielmehr entspricht die Beanspruchung auf Grund des § 426 dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages und damit dem Sinn der Gesellschaft überhaupt.

Die Beanspruchung der Mitgesellschafter hat also hier, wie in dem im vorigen Paragraphen behandelten Fall, gleichgültig, ob es sich um eine Gesellschaft nach BGB. oder HGB. handelt, entsprechend der Beteiligung des einzelnen Gesellschafters zu erfolgen. Maßgebend ist die Beteiligung am Verlust[35]). Für den Fall, daß, wie wir das oben schilderten-, bei einem Gesellschafter dessen Rate nicht beizutreiben ist, halten wir es auch hier nicht für angängig, daß diese Rate auf die anderen verteilt wird. Man könnte unter dem Gesichtspunkt der gemeinsamen Gefahrtragung geneigt sein, diese Ausgleichung über die proratarische Verlustbeteiligung hinaus zuzulassen. Da der in Anspruch genommene Gesellschafter aber, wenn er den Ausgleichungsanspruch geltend macht, dies gerade auf Grund seiner Gesellschaftereigenschaft tut, — denn an dem Gesamtschuldverhältnis nimmt er als Gesellschafter teil — hat er die gesellschaftsrechtliche Abrede über die Höhe der Verlustbeteiligung zu berücksichtigen.

(Auf das Verhältnis des hier behandelten Falles der Bezahlung einer Gesellschaftsschuld, wodurch die Forderung auf den zahlenden Gesellschafter übergeht, zu dem Fall, in dem der Gesellschafter die Forderung durch Kauf erwirbt, siehe § 8.)

Wir kommen damit zu dem Ergebnis, daß die Aufwendungen des geschäftsführenden Gesellschafters ebenso zu behandeln sind wie die zur Zahlung einer Gesellschaftsschuld erforderlichen. Dieses Ergebnis erscheint uns willkommen und angemessen auch deswegen, weil auch das Gesetz nicht ausdrücklich zwischen Aufwendungen verschiedener Art unterscheidet. — Unter den Gesellschaftsschulden sind natürlich nicht nur die privatrechtlichen zu verstehen, sondern auch die öffentlich-rechtlichen Schulden der Gesellschaft. Werden also von einem Gesellschafter Steuern bezahlt, die von der Gesellschaft geschuldet werden, so gilt auch das Vorstehende. Jedoch wollen wir uns hier noch einem Sonderfall zuwenden.

---

[35]) Dür.-Hach.-Flechtheim § 128, A. 14 a. E.

§ 7. Fortsetzung: Wer trägt die auf sog. steuerlichen Mehrgewinn ruhende Steuerlast?

Die Vermögenssteuer, beispielsweise, wird von der Gesellschaft erhoben und nur diese wird veranlagt. Die Vermögenssteuerschuld ist also zweifellos eine Gesellschaftsschuld (§ 2 Nr. 2 c VermStGes.). Das trifft nicht bei jeder Steuer zu. Vornehmlich nicht bei der Einkommensteuer. Bei dieser wird zwar das Einkommen der sämtlichen Gesellschafter aus der Gesellschaft einheitlich festgestellt (§ 65 EinkStGes.; § 215 RAO.), und es ergeht auf Grund dieser gemeinsamen Festsetzung ein gemeinsamer „Festsetzungsbescheid". Steuerpflichtig ist aber nicht die Personalgesellschaft, sondern jeder einzelne Gesellschafter entsprechend seiner Beteiligung am Gesellschaftsgewinn. Auf Grund des gemeinsamen Festsetzungsbescheides wird dann der einzelne Gesellschafter gesondert veranlagt, wobei dann seine eventuellen Einkünfte aus anderen Quellen mitzuberücksichtigen sind. Nun kann es aber sein, und es kommt häufig vor, daß die dem gemeinsamen Festsetzungsbescheid zugrundeliegende Bilanz, die sog. Steuerbilanz, anders aussieht als die von den Gesellschaftern aufgestellte Bilanz, die sog. Handelsbilanz. Das hat seinen Grund häufig darin, daß die Steuerbehörde Beträge, etwa für Werbung oder für Schmiergelder, insbesondere Abschreibungen an Waren usw., die die Gesellschafter auf Verlustkonto verbucht haben, nicht als Unkosten und Verluste, die vom Gewinn abgeschrieben werden dürfen, anerkennt, sondern sie als Gewinn berechnet. Oder aber es beschließen die Gesellschafter die Rücklage einer Reserve. Dieser dafür eingesetzte Betrag wird dann von der Steuer als Gewinn angesehen, von dem Einkommensteuer zu entrichten ist. Diese in der Steuerbilanz als Gewinne auftretenden Beträge, die nicht auch als Gewinne in der Handelsbilanz erscheinen, nennt man „steuerliche Mehrgewinne".

Da die Einkommensteuer auf Grund der Steuerbilanz von den einzelnen Gesellschaftern verlangt wird, haben die Gesellschafter also die Steuerlast für einen Gewinn zu tragen, der von ihrem Standpunkt aus nur ein fiktiver ist, da er ihnen nicht ausgezahlt oder gutgebracht wird. Es herrscht Streit darüber, wer im Verhältnis zwischen Gesellschaftern zueinander und zur Gesellschaft diese auf den Mehrgewinn entfallende Steuerlast zu tragen hat, und wie sie vielleicht zu verteilen ist.

Es bestehen Bedenken, diese Last ohne weiteres denjenigen aufzuerlegen, die zur Zeit der Aufstellung der Bilanz Gesellschafter sind. Denn z. B. im Falle der Rücklage von Reserven ist durchaus unbestimmt, wem diese Reserven später, vielleicht erst bei Beendigung der Gesellschaft einmal zugutekommen werden. Auch ist es möglich, daß die Reserven in späterer Zeit durch dann

entstandene Verluste wieder aufgezehrt werden. Also „handelt es sich um ein Problem, wer die Steuer auf ein Einkommen zu zahlen hat, das zunächst von niemanden bezogen worden ist, und von dem es entweder bereits feststeht, daß es niemals Einkommen werden wird, oder zweifelhaft ist, ob es Einkommen und wessen Einkommen es werden wird." (Reserven. D. Verf.)[36]). Weil die Einkommensteuer bei den Gesellschaftern erhoben wird, weil steuerrechtlich tatsächlich lediglich sie steuerpflichtig sind, verlangen manche[37]), daß die Gesellschafter die Steuer zu tragen haben. Da sie die Schuldner sind, sollen sie keinerlei Ersatzansprüche gegen die Gesellschaft haben. Ob für die Verteilung auf die Gesellschafter die Beteiligung am Gewinn, oder etwa am Liquidationsgewinn, oder die Zahl der Kopfteile, oder ein anderer Schlüssel maßgebend sein soll, ist unter denen, die für Tragung durch die Gesellschafter grundsätzlich eintreten, im einzelnen weiter streitig. Darauf braucht in diesem Zusammenhang nicht weiter eingegangen zu werden. Denn die grundsätzliche Folge dieser Ansicht wäre, daß dem einzelnen Gesellschafter keinerlei Ansprüche (etwa Ausgleichungsansprüche) gegen die Gesellschaft und seine Mitgesellschafter zustehen könnten. Diese Ansprüche aber interessieren uns ja vor allem. — Das geschilderte Ergebnis kann uns nicht befriedigen, vor allem deswegen, weil, wie wir darlegten, hierbei Personen besteuert werden für etwas, das sie nicht bekommen, und von dem vor allem auch nicht sicher ist, ob sie es in Zukunft bekommen. (Möglich ist auch der Fall, daß jemand eine Steuerlast nur tragen kann, wenn er auch den besteuerten Gewinn tatsächlich erhält, daß er also bei Nichtauszahlung des steuerlichen Mehrgewinns u. U. die darauf entfallende Steuer zu leisten gar nicht in der Lage ist.) — (Das von Flechtheim hiergegen angeführte Argument, daß ein Beschluß, der erst den steuerlichen Mehrgewinn ermögliche, dann nicht gültig sei, wenn dann ein einzelner Gesellschafter nicht in der Lage sei, die auf ihn entfallende Steuer zu tragen, ist schon deshalb nicht stichhaltig, weil nicht jeder steuerliche Mehrgewinn auf einem Beschluß der Gesellschafter beruht, z. B. ein durch Schmiergelder oder sonstige nach Ansicht der Steuerbehörde nicht abschreibbare Unkosten entstandener Mehrgewinn.)

Zu einem gerechteren Ergebnis führt die von Lehmann, a. a. O.[38]) angestellte Überlegung, daß zwar im Außenverhältnis der öffentlich-rechtliche Steueranspruch gegen die Gesellschafter gerichtet ist, daß aber „in keiner Weise feststehe, daß derjenige, der der Steuerbehörde gegenüber verpflichtet ist, den Gewinn zu

---

[36]) J. Lehmann, a. a. O.
[37]) Dür.-Hach.-Flechtheim § 120 Anm. 4 a; z. T. auch Götze, a. a. O.
[38]) Zustimmend Giesecke, Gesch. Beitr. 72, 248.

versteuern, auch im Innenverhältnis zu den anderen Gesellschaftern die Steuern zu zahlen hat". Er weist darauf hin, daß auch bei der Veranlagung von Ehegatten die Veranlagung nach außen und die Tragung im Innenverhältnis voneinander abweichen. Zwar beziehen die Gesellschafter ihren Gewinn von der Gesellschaft, die Festsetzung und Ausbezahlung des Gewinnes ist aber eine Angelegenheit der Gesellschaft. Im Verhältnis der Gesellschafter zueinander handelt es sich nicht um eigenen Gewinn des einzelnen Gesellschafters, den der einzelne versteuert, sondern jeder versteuert einen Teil des gemeinschaftlichen Gesellschaftsgewinnes. Im Innenverhältnis handelt es sich also um die Versteuerung des Gesamtgewinnes, also um eine Gesellschaftsangelegenheit. Daß die Tragung der Steuerlast im Innenverhältnis für die Gesellschafter eine Gesellschaftsangelegenheit ist, wird eigentlich gerade durch die Entstehung steuerlicher Mehrgewinne ganz deutlich. Die Aufwendung von Werbungskosten, Schmiergeldern und die Rückstellung von Reserven sind, wie niemand bestreiten wird, Gesellschaftsangelegenheiten. Auch die Aufstellung der Handelsbilanz ist eine solche Gesellschaftsangelegenheit. Wird diese so vorgenommen, daß die Handelsbilanz von der Steuerbilanz abweicht (übrigens ist auch ein steuerlicher Mindergewinn vorstellbar), so erfordert sie eben besondere Aufwendungen, die der einzelne Gesellschafter kraft gesetzlicher Vorschrift zu machen hat. Für diese kann er nach § 110 BGB. zunächst aus der Gesellschaftskasse Ersatz verlangen. Auch das Gegenargument von Flechtheim ist nicht stichhaltig, daß die hier vertretene Auffassung zu unbilligen Ergebnissen führe, weil durch die starke Staffelung der Einkommensteuer sich die Gesamthöhe des zu leistenden Steuerbetrages erhöhe; denn bei den einzelnen Gesellschaftern sind ja auch deren übrige Einkünfte in die Berechnung einzubeziehen. Die Einkommensteuer ist so gestaffelt, daß mit wachsendem Einkommen die Besteuerung höher wird. Auch wir erachten es für unbillig, daß die durch die Staffelung eingetretene Mehrbesteuerung der betreffende Gesellschafter tragen soll. Aber das führt uns nicht zur Aufgabe unserer Ansicht, daß im Innenverhältnis die Gesellschaft die Besteuerung des Mehrgewinns zu tragen hat. Das unbillige Ergebnis wird dadurch verhindert, daß der Gesellschafter von der Gesellschaft nicht nur den auf den Mehrgewinn entfallenden Steuerbetrag als Aufwendung ersetzt verlangen kann, sondern auch die ihm durch die höhere Summe des zu versteuernden Betrages auf Grund der Staffelung entstandene Mehraufwendung. Denn diese steuerliche Mehraufwendung ist die Folge der Notwendigkeit der Besteuerung des Mehrgewinns und damit auch selbst wieder eine Aufwendung. Die höhere Staffelstufe ist lediglich durch den Mehrgewinn verursacht.

Damit scheinen uns die Bedenken dagegen, daß die Steuerlast

des Mehrgewinns im Innenverhältnis der Gesellschaft zur Last fällt, widerlegt. Das Wesentliche und Bemerkenswerte ist, daß der zunächst öffentlich-rechtliche Steueranspruch sich in der Person des pflichtigen Gesellschafters in einen zivilrechtlichen Anspruch gegen die Gesellschaft umwandelt.

Dieser gegen die Gesellschaft gerichtete Anspruch muß zunächst aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt werden, — wie jeder andere Anspruch, dem eine Gesellschaftsschuld entspricht, auch. Wenn dieses aber erschöpft ist — wie steht es dann mit dem Rückgriff bei den einzelnen Gesellschaftern? Die Rechtslage scheint uns hier grundsätzlich keine andere zu sein, wie in dem im vorigen Paragraphen behandelten Fall der Bezahlung einer Gesellschaftsschuld. Dort war die Bezahlung erfolgt auf Grund des Gesamtschuldverhältnisses. Auch hier ist eine Gesellschaftsschuld bezahlt, — auf Grund der gesetzlichen Vorschriften des § 215 RAO. (§ 65 EinkStGes.). Daß es sich im letzteren Fall nur im Innenverhältnis um eine Gesellschaftsschuld handelt, während die gleiche Schuld nach außen als solche des einzelnen Gesellschafters erscheint, dürfte in diesem Zusammenhang keinen Unterschied machen.

Wir stellten oben fest, daß die Gesellschafter im Regreßfalle den ihrer Beteiligung am Verlust entsprechenden Betrag zu leisten haben. Angenommen, es seien Gewinnbeteiligung und Verlustbeteiligung gleich. Hat keiner der Gesellschafter einen Ersatz aus der Gesellschaftskasse erhalten, so kann bei unserer Annahme auch keiner beim anderen Rückgriff nehmen. Denn jeder kann sich darauf berufen, daß er ja bereits die auf ihn entfallende Quote trage. Haben aber z. B. von fünf Gesellschaftern vier aus der Kasse Ersatz erhalten, und erst als der Fünfte Ersatz verlangt, ist die Kasse erschöpft, so kann dieser nunmehr verlangen, nach den im vorigen Paragraphen entwickelten Grundsätzen, daß sein Anspruch quotenmäßig von den anderen befriedigt werde.

Ist aber ein Gesellschafter an Gewinn und Verlust nicht in gleicher Weise beteiligt, so muß, wenn ein Rückgriff bei den einzelnen Gesellschaftern stattfindet, dieser Unterschied berücksichtigt werden. Denn wir legten ja oben dar, daß der Rückgriff bei jedem Gesellschafter entsprechend dessen Beteiligung am Verlust zu erfolgen habe. Ist also ein Gesellschafter zu 60 % am Gewinn beteiligt, jedoch nur zu 40 % am Verlust, und sind im ganzen drei Gesellschafter vorhanden, von denen die beiden anderen mit je 20 % am Gewinn und mit 30 % am Verlust beteiligt sind, so können, auch wenn keiner Befriedigung aus der Gesellschaftskasse gefunden hat, die beiden letzteren doch nicht dem ersteren entgegenhalten, sie brauchten ihm keinen Ausgleich zu gewähren, da sie bereits ihren Anteil mangels eigener Befriedigung aus der Ge-

sellschaftskasse trügen. Vielmehr haben sie ihm noch je 10% des auf ihn entfallenden Betrages zu ersetzen.

§ 8. Die nicht der Zugehörigkeit zur Gesellschaft entspringenden Forderungen.

Bisher haben wir nur Ansprüche behandelt, die einem Gesellschafter auf Grund seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft zustanden. Es handelte sich um solche Ansprüche, die nur einem Gesellschafter, nicht aber einem außerhalb der Gesellschaft stehenden erwachsen können. Es können dem Gesellschafter aber auch solche Ansprüche zustehen, die weder bei ihrer Entstehung noch später mit der Gesellschaftereigenschaft in notwendigem Zusammenhang stehen. Es handelt sich dabei also um Ansprüche, die auch jedem Dritten, der nicht am Gesellschaftsverhältnis beteiligt ist, zustehen können. Daher werden sie im Gegensatz zu den bisher behandelten typischen Gesellschafteransprüchen auch atypische oder besser Drittansprüche genannt.

Solche können aus einem zwischen dem betr. Gesellschafter und der Gesellschaft abgeschlossenen Kauf- oder Mietvertrag herrühren, sie können aus einem gegebenen Darlehen herrühren. Sie können auch dadurch entstanden sein, daß ein Gesellschafter nicht auf Grund seiner gesamtschuldnerischen Haftung eine Gesellschaftsschuld bezahlt hat, sondern dem Gläubiger die Forderung abgekauft hat. Dieser Fall wird im folgenden noch besondere Beachtung verdienen. Endlich, als letztes Beispiel kann es sein, daß sich ein Gesellschafter für eine Gesellschaftsschuld verbürgt hat[39]). Hat er als Bürge die Gesellschaft befriedigt, so tritt er mit allen Rechten in die Stellung des Gläubigers ein (§ 774 BGB.). In der Regel werden solche Rechtsbeziehungen, auch wenn das Rechtsgeschäft zwischen Gesellschaft und Gesellschafter vorgenommen wird, erst während des Bestehens der Gesellschaft entstehen. Denkbar ist jedoch auch, daß ein solches Drittverhältnis dem Gesellschaftsverhältnis selbst entwächst. Das

[39]) Gegen eine solche Verbürgung bestehen keine Bedenken. Der Einwand, daß der Ges'ter einer Personalges't. ohnehin für die Ges'tsschulden hafte, und daß die Bürgschaft deswegen nicht zulässig sei, da sich ja niemand für eigene Schuld verbürgen könne, geht fehl, denn die durch die Bürgschaftsübernahme entstandene Haftung ist weiter als die der Ges'tereigenschaft entsprechende (Dür.-Hach.-Flechtheim § 128 A. 5 Abs. 1 a. E.; Reichel, in Hans. RZ. 1922, 401 ff.; Staub-Pinner § 105 A. 31; Jur. Rdsch. 1925 Rspr. Nr. 1360). So erlischt die Ges'terhaftung fünf Jahre nach dem Ausscheiden (§ 159 HGB.), während die Bürgenhaftung erst nach 30 Jahren erlischt. Ebenso begrenzen Zwangsvergleich im Anschluß an Konkursverfahren und gerichtlicher Vergleich die persönliche Haftung des Ges'ters (§§ 211 KO.; 89 Nr. 4 Verg. 10), während diese Beschränkungen dem Bürgen nicht zugute kommen (§§ 193 KO.; 73, 2 Vg. 10).

kann z. B. der Fall sein, wenn die Verpflichtung zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts, durch das ein Gesellschafter in die Stellung eines Drittgläubigers gelangt, bereits im Gesellschaftsvertrag festgelegt war. Ja, es braucht sich nicht einmal um die Entstehung einer neuen schuldrechtlichen Beziehung (z. B. eines neuen Vertrags) zu handeln, — es genügt auch die Erfüllung einer Gesellschaftsverpflichtung. Geiler[40]) führt als Beispiel den Fall an, daß ein Gesellschafter entsprechend einer gesellschaftsvertraglichen Verpflichtung der Gesellschaft einen Gegenstand zum Gebrauch überlassen hat. Stellt die Hingabe des Gegenstandes den Beitrag des Betreffenden zur Gesellschaft dar, so ist, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, die Rückgabe des Gegenstandes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer Einlage zu beurteilen; dieser Anspruch unterliegt also rein gesellschaftsrechtlichen Vorschriften. Geschieht aber mit dem Gegenstand etwas nicht der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung Entsprechendes, wird er etwa beschädigt, so sind für die daraus entstehenden Ansprüche nicht nur die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften maßgebend, sondern die Gesellschaft hat für eine etwaige Beschädigung zu haften, wie für die Beschädigung eines einem Nichtgesellschafter gehörenden Gegenstandes. (Wir wiesen bereits oben auf die Existenz derartiger, dem Gesellschaftsverhältnis nur mittelbar entwachsender Ansprüche hin.) So sind die verschiedensten Ansprüche aus unerlaubten Handlungen und ungerechtfertigten Bereicherungen der Gesellschafter denkbar, die gegen die Gesellschaft bestehen, weil sich der den Anspruch begründende Vorgang im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses abspielte. Anders ist es, wenn der Anspruch nicht durch einen solchen Vorgang erzeugt wurde. Dann ist er nicht gegen die Gesellschaft, sondern höchstens gegen einen oder mehrere Gesellschafter gerichtet, vielleicht auch alle, nicht aber gegen die Gesellschafter als Gesamtheit; und dann interessiert uns der Anspruch hier nicht. In unseren Fällen ist es aber die gleiche Frage, wie bei den nicht einmal mittelbar, sondern ohne jeden rechtlichen Zusammenhang mit der Gesellschaft entstehenden Ansprüchen eines Mitgesellschafters, ob und inwieweit er seine Gesellschaftszugehörigkeit zu berücksichtigen hat.

Wir legten oben dar, daß in den bisher behandelten Fällen eine Berufung auf die gesamtschuldnerische Haftung der Mitgesellschafter durch einen Gesellschafter nicht möglich sein konnte, weil diese nur im Verhältnis zu Dritten galt. Und wir legten dar, daß deswegen die Gesellschafter im Verhältnis zueinander grundsätzlich auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt bleiben. Ausnahmen begründeten wir beim Vorliegen zweier besonderer Tat-

[40]) Staudinger zu § 705, IV, 1 d.

bestände, wie Aufwendungen (Auftrag u. ä.), sowie bei Beanspruchung der gesamtschuldnerischen Haftung Dritten gegenüber. In dem nunmehr zu untersuchenden Fall liegt die Frage aber darin, ob der Gesellschafter, der der Gesellschaft wie ein außenstehender Dritter entgegentritt, sich grundsätzlich auf die gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter berufen darf, im Falle der Handelsgesellschaften also auf die ausdrückliche Vorschrift des § 128 HGB. Das Problem entsteht dadurch, daß in diesem Fall der Gesellschafter in zweierlei Beziehung zu der Gesellschaft steht: einmal als Gesellschafter der sich grundsätzlich nicht auf die gesamtschuldnerische persönliche Haftung berufen darf, und zum anderen als Gesellschaftsgläubiger, dem die Berufung auf die persönliche Haftung grundsätzlich unbenommen ist. Es gilt, sich entweder für die eine oder die andere der beiden Eigenschaften zu entscheiden, — oder aber einen beiden Auffassungen möglichst gerecht werdenden Mittelweg zu finden. Man hat gesagt, die Überlegungen über derartige einander ausschließende Rechtspositionen führe „an das Ende der Juristerei überhaupt". Das trifft nicht zu. Eine solche Ansicht lehnen wir ab, weil sie einer rein formaljuristischen Auffasung entspringt. Die Kunst des Juristen muß es grade sein, auch da, wo sich scheinbar unvereinbare Gegensätze zeigen, durch gerechte Interessenabwägung zu einem befriedigenden Ergebnis zu gelangen.

Man könnte sich also zunächst dafür entscheiden, auch bei dem Gesellschafter der als Gläubiger der Gesellschaft gegenübertritt, zu verlangen, daß er die sämtlichen sich aus seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft ergebenden Verpflichtungen einhält. Dann käme man zu dem Ergebnis, daß der Gesellschafter sich wegen seiner Forderung nur an das Gesellschaftsvermögen halten darf, daß es ihm aber im Falle der Erschöpfung des Gesellschaftsvermögens versagt bleibt, sich bei den Gesellschaftern persönlich zu befriedigen. Denn die persönliche Beanspruchung gilt ja zwischen den Gesellschaftern grundsätzlich als ausgeschlossen. Ein Ausnahmefall kann in diesem Fall nicht angenommen werden. Denn es sprechen weder rechtliche Erwägungen noch solche der Billigkeit dafür, daß die Gesellschafter demjenigen unter ihnen besondere Garantien geben wollen, der, ohne daß es sich um eine erforderliche Aufwendung handelt und ohne irgendeinen der Gesellschaftszugehörigkeit entspringenden Zwang, in ein Vertragsverhältnis zu ihnen tritt. Die Erfüllung einer im Gesellschaftsvertrag eingegangenen Verpflichtung erfolgt nicht unter Zwang in diesem Sinne, da derartige Verpflichtungen ja freiwillig übernommen wurden.

Entscheidet man sich aber dafür, den forderungsberechtigten Gesellschafter als Gläubiger anzusehen, so ist die Folge, daß ihm nunmehr auch der Rückgriff auf das Privatvermögen der Gesell-

schafter wie jedem anderen Gläubiger freisteht. Es ist dann seiner freien Wahl überlassen, ob er sich an das Gesellschaftsvermögen oder an das Privatvermögen eines beliebigen Gesellschafters halten will. Denn es gilt dann für ihn auch nicht einmal die Beschränkung, daß er sich zumindest nur subsidiär an das Privatvermögen halten darf. Denn den Gesellschaftsgläubigern haften in gleicher Weise Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen[41]). Die Gläubiger sind nicht etwa verpflichtet, sich zunächst an das Gesellschaftsvermögen (bei den Handelsgesellschaften kann man auch von Geschäftsvermögen sprechen) zu halten und etwa erst dann sich an das jedem einzelnen Gesellschafter allein zustehende Vermögen. Eine „gewisse Selbständigkeit"[42]) der beiden Vermögensmassen besteht, worauf wir schon oben hinwiesen, nur im Innenverhältnis, nach außen treten zwar bei den Gesellschaften des HGB. zwei Vermögensmassen in die Erscheinung, bei der Gesellschaft nach BGB. gelten diese beiden Vermögensmassen auch nach außen rechtlich als eine einheitliche. Da die Personalgesellschaften keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen und nur die Zusammenfassung ihrer Gesellschafter darstellen, haften auch bei den Handelsgesellschaften beide Massen in gleicher Weise. Darum gibt es a u c h bei OHG. und Kommanditgesellschaft kein Gesamtschuldverhältnis, dessen beide Schuldner etwa die Gesellschaft und davon rechtlich getrennt die Gesellschafter wären[43]). Es ist also jeder einzelne Gesellschafter als Träger der gesamten Gesellschaftsschuld anzusehen. Ein Gesamtschuldverhältnis kann also um dessentwillen nicht vorliegen, weil, was hier nicht der Fall ist, bei einem solchen auf der Schuldnerseite mindestens zwei rechtlich voneinander zu trennende Träger des Schuldverhältnisses vorhanden sein müssen. Da somit die Gesellschaft nicht Schuldnerin sein kann, ohne daß zugleich der einzelne Gesellschafter auch Schuldner ist, liegt die Annahme nahe, daß beispielsweise die Abtretung einer Forderung gegen die Gesellschaft an einem Gesellschafter den Untergang der Forderung durch Vereinigung (Konfusion) zur Folge haben müsse. Die weitere Folge wäre aber dann, daß, da kein Gesellschafter eine Forderung gegen die Gesellschaft haben könnte, überhaupt kein schuldrechtlicher Vertrag zwischen Gesellschaft und einem ihrer Gesellschafter zustande kommen kann. Denn da, wenn beispielsweise ein Gesellschafter als Verkäufer mit der Gesellschaft einen Kaufvertrag abschließen würde, der Gläubiger des Kaufpreises auch zugleich Schuldner wäre, könnte eine Kaufpreisforderung gar nicht wirksam entstehen: das Schuldverhältnis müßte gleichsam schon im Entstehungsstadium

---

[41]) So die herrsch. Ansicht. Vgl. Dür.-Hach.-Flechtheim § 128, A. 5.
[42]) Staub-Pinner § 128 A. 1 Abs. 2.
[43]) So Staub-Pinner § 128 A. 11; Dür.-Hach.-Flechtheim § 128 A. 5 (dort weitere Literatur).

in sich zusammenbrechen. Es könnte sich dann jede Hingabe eines Gegenstandes durch einen Gesellschafter an die Gesellschaft nicht mehr als Kauf, Miete, Leihe und dergl. darstellen, vielmehr könnte sie rechtlich nur als Einlage des Gesellschafters gelten. Diese Ansicht ist auch ernsthaft vertreten worden[44]), hat sich aber mit Recht nicht durchgesetzt. Das hier angedeutete Ergebnis führte auch zu einer unbilligen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Gesellschafters. Deswegen ist es richtiger, rechtlich die Person des Gesellschafters als Gesellschafter von seiner Eigenschaft als Privatmann getrennt zu betrachten. Die Gesellschaft ist ja nicht identisch mit jedem einzelnen Gesellschafter, sondern nur mit deren Gesamtheit. Es kann jeder Gesellschafter private Handlungen vornehmen, die nicht zugleich Handlungen der Gesellschaft sind[45]). So, wie er dabei jedem anderen gegenüber treten kann, kann er auch seiner Gesellschaft gegenüberstehen. Dabei muß er zwar u. U., wie wir noch zu zeigen haben werden, gewisse Rücksichten in der Verfolgung seiner Rechte nehmen (Berücksichtigung eigner Beteiligungsrate). Aber wir stellen hier nur grundsätzlich fest, daß der Gesellschafter Rechte auch gegenüber seiner Gesellschaft haben kann, die mit seiner Eigenschaft als Gesellschafter bei ihrer Entstehung und auch während ihres Bestehens nicht in Berührung kommen (Schwierigkeiten ergeben sich möglicherweise bei ihrer Geltendmachung[46]). Allerdings wird bei Vornahme des Geschäfts deutlich zum Ausdruck kommen müssen, daß es sich um den Abschluß eines vom Gesellschaftsverhältnis unabhängigen Rechtsgeschäfts handeln soll. Wird beispielsweise bei der Hingabe eines Geldbetrages keinerlei ausdrückliche oder stillschweigende Abrede getroffen, so ist allerdings in diesem Zweifelsfall anzunehmen, daß es sich nicht um ein Darlehen, sondern um eine Erhöhung der Einlage handeln soll[47]).

Ehe wir einen vielleicht zwischen den beiden bisher auch in ihren Ergebnissen skizzierten Auffassung vermittelnden Zwischenweg aufzeigen, wollen wir auf das Für und Wider dieser beiden Auffassungen eingehen.

Sowohl in der Wissenschaft wie in der Praxis fehlt es an Einheitlichkeit der Auffassung über die Stellung eines Gesellschafters, der eine Forderung gegen die Gesellschaft hat.

Man kann als die früher in Wissenschaft und Praxis vorherrschende Meinung die ansehen, daß ein Gesellschafter-Gläubiger

---

[44]) Adler, a. a. O. S. 106 ff.

[45]) Z. B. wenn er ein Theater besucht.

[46]) Vgl. dazu (sämtlich im Ergebnis ebenso) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 540 A. 1; Dür.-Hach.-Flechtheim Vorbem. vor § 109 A. 2 u. § 128 A. 15; Förtsch in Holdh. M. 1898, 280 u. herrsch. Meinung.

[47]) Ebenso Oertmann zu § 707, 4.

sich nur aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigen kann. Diese Ansicht geht davon aus, daß für den Gesellschafter, auch wenn er Gläubiger geworden ist, in erster Linie seine Gesellschafterstellung maßgebend bleiben müsse. Durch den Gesellschaftsvertrag ist zwischen den abschließenden Gesellschaftern festgestellt, daß zwischen ihnen für die Gesellschaftsschulden ausschließlich das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung stehen solle. Diese Bestimmung, so meint diese Ansicht, verpflichtet auch den Gesellschafter, der Gläubiger der Gesellschaft ist, eben weil es sich auch bei ihm nur um eine Forderung handelt, die auf der Seite der Gesellschaft eine Gesellschaftsschuld ist. Es müssen sich danach auch für und gegen den Gläubiger-Gesellschafter die aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Verpflichtungen erstrecken. Weiter begründete man diese Ansicht damit, daß die Gesellschafter, wenn der Gläubiger-Gesellschafter sie in Anspruch nähme, gegen ihn wieder einen Ersatzanspruch hätten; deswegen stände der Forderung gegen die Mitgsellschafter persönlich die Einrede der Arglist entgegen (anscheinend in Ansehung des ganzen Betrages)[48]). Es können also auch aus diesem Grunde die persönliche Inanspruchnahme nicht in Frage kommen. Vielmehr müsse, gemäß dem Sinne des Gesellschaftsvertrages, der Gläubiger-Gesellschafter sich unbedingt lediglich an das Gesellschaftsvermögen halten. Wenn dieses nicht ausreiche, dann könne dem Gläubiger-Gesellschafter der Betrag, der nicht aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt werden konnte, auf seinem Konto gutgeschrieben werden. Damit bliebe er also, im Falle der Erschöpfung des Gesellschaftsvermögens, zunächst „auf seiner Forderung sitzen".

Neben der Wissenschaft[49]) vertraten die Ansicht, daß die Gesellschaftereigenschaft vorwiegend zu berücksichtigen ist, auch das ehemalige Reichsoberhandelsgericht[50]) und zum Teil wird sie auch vom Reichsgericht vertreten[51]).

Später neigten Wissenschaft und auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts mehr und mehr zu der Ansicht, daß die Gläubigerstellung des Gesellschafters doch stärker berücksichtigt werden müsse. Die historische Entstehung des HGB. zeigt, daß auch dieses Gesetz die letztere Ansicht stützen will. Zwar ist der § 128 HGB. im wesentlichen gleich dem Art. 112 des ADHGB.[52]). Auf der Grundlage des letzteren hatte sich zwar die oben entwickelte Meinung vom Überwiegen der Gesellschafterstellung mit

---

[48]) So ROHG., 13., 145.

[49]) Vor allem bei v. Hahn, Art. 112, Zus. § 5; Renaud S. 402; Behrend § 77; Förtsch, a. a. O. Flechtheim, LZ. 1914, 1262 ff.

[50]) ROHG. 13, 145.

[51]) So bei Bolze 7, Nr. 633; 16, Nr. 491, später RG. 77, 102, RG. in LZ. 1912, 912 Nr. 3.

[52]) So Förtsch u. herrsch. Meinung.

ihren Folgen entwickelt. Deswegen wurde bei der Entstehung des HGB. erwogen[53]), eine entsprechende gegenteilige Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen. Da sich jedoch grade in der damaligen Zeit, noch auf der Grundlage des Art. 112, die Rechtsprechung des Reichsgerichts dem Standpunkt des Überwiegens der Gläubigerstellung zuwandte[54]), sah man keinen Anlaß mehr, noch eine entsprechende Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen; sie unterblieb vielmehr, weil sie überflüssig erschien, und man andererseits grade der neuen Rechtsprechung nicht entgegentreten wollte[55]).

Jedoch ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts seit jener Zeit nicht einheitlich geblieben. Und auch in der jüngeren Literatur werden verschiedene Ansichten vertreten, allerdings, soweit wir sehen, nicht mehr die radikalen, daß der Gläubiger-Gesellschafter sich nie und auch nicht mit einem Teil seiner Forderung an die Gesellschafter persönlich halten darf.

Die heute vorherrschende Meinung in der Literatur ist die, daß der Gläubiger-Gesellschafter der Gesellschaft ebenso wie jeder dritte Gläubiger gegenübersteht. Deswegen soll er sich auch nach seiner Wahl entweder an das Gesellschaftsvermögen oder an einen oder mehrere Gesellschafter persönlich halten können[56]). Man geht davon aus, — und dieser Ansicht schließen wir uns grundsätzlich an, daß der Gesellschafter, der der Gesellschaft etwas verkauft, oder ihr ein Darlehn gibt und dergl., das nicht als Gesellschafter tun will, (also nicht etwa seinen Kapitalanteil erhöhen will), sondern daß er bei diesen Geschäften der Gesellschaft als Dritter gegenübertreten will. Weiter darf man annehmen, daß auch die Gesellschaft meist das Geschäft mit ihm wie mit einem Dritten abschließen will. Die Gläubigerstellung hat man dann natürlich nicht nur bei Geschäften, die zwischen Gesellschaft und Gesellschafter getätigt werden, anzunehmen, sondern mit noch größerer Berechtigung auch bei Forderungen, die der Gesellschafter erst aus einem zwischen Gesellschaft und einem sonst unbeteiligten Dritten getätigten Geschäft erworben hat (z. B. durch Zession oder Erbschaft). Die Hervorkehrung der Gläubiger-Stellung führt bei denen, die sie vertreten, zu dem Ergebnis, daß der betr. Gesellschafter wie andere Gläubiger nach seiner freien Wahl (also ohne Subsidiarität) das Gesellschaftsvermögen oder einen oder alle Mitgesellschafter beanspruchen darf. Die Gesellschaftereigenschaft

---

[53]) Das ergibt sich aus der Denkschrift zum HGB.

[54]) RG. 36, 60; vor allem RG. in JW. 1896, 78 Nr. 10 (d. i. Bolze, 21 Nr. 558).

[55]) Denkschrift S. 94.

[56]) So Gierke, Genossenschaftstheorie S. 539 ff.; Lehmann-Hoeniger, S. 258; Staub-Pinner zu § 128 Anm. 24; Lehmann-Ring zu § 128 Nr. 2; Makower zu § 128 Anm. II a. 4; Brand Anm. 5 b; Heinsheimer, R., S. 48 A. stillschweig. auch Cosack, indem er diesen Fall nicht bei den Ausnahmen der Ges'terhaftung erwähnt: § 1612 b.

soll lediglich dadurch berücksichtigt werden, daß der Gläubiger-Gesellschafter bei der Geltendmachung des Anspruchs den auf ihn selbst entfallenden Anteil in Abzug zu bringen hat[57]).

Diejenigen, die dafür eintreten, daß der als Drittgläubiger auftretende Gesellschafter auch wie ein Drittgläubiger in seinem Verhältnis zur Gesellschaft behandelt werden müsse, sind in der Literatur durchweg die gleichen Schriftsteller, die bei den Sozialansprüchen dafür eintreten, daß ein Ausgleich zwischen den Gesellschaftern persönlich erst nach Beendigung der Gesellschaft stattfinden dürfe. Gegner[58]) dieser Ansichten haben darauf hingewiesen, ihr Ergebnis sei unbillig. Denn der Gesellschafter, der als Drittgläubiger, etwa durch Zession, eine Forderung gegen die Gesellschaft habe, solle sie geltend machen können, ein Gesellschfater aber, der als Gesellschafter einen Gläubiger der Gesellschaft befriedige, könne sich deswegen nur an das Gesellschaftsvermögen halten.

Wenn wir uns auch hinsichtlich der Sozialansprüche dahin entschieden haben, daß sie proratarisch auch während des Bestehens der Gesellschaft schon zwischen den Gesellschaftern ausgeglichen werden sollen, und wenn wir zu der Frage der Drittansprüche auch unsererseits noch nicht uns entschieden haben, so müssen wir doch schon an dieser Stelle auf den genannten Einwand eingehen.

Es erscheint gewiß wünschenswert zwei so ähnlich gelagerte Fälle, wie den, daß jemand gegen einen anderen eine Forderung deswegen hat, weil er dessen Schuld, für die er mithaftet, bezahlt hat und den, daß er die Forderung gegen den anderen dadurch hat, daß er sie einem Dritten abgekauft hat, in gleicher Weise zu behandeln. Es handelt sich aber doch hierbei um zwei rechtlich verschieden gelagerte Fälle, die, wenn sie sich auch gelegentlich ein und desselben Gesellschaftsverhältnisses ereignen können, auch auf verschiedenen wirtschaftlichen Gründen beruhen. Die Gefahr, daß der Gläubiger-Gesellschafter in dem einen Fall eine günstigere Behandlung erfährt als in dem anderen und deshalb anstatt Zahlung Abkauf der Forderung mit dem früheren Gläubiger vereinbart (der sich ja, da er selbst kaum interessiert bleibt, zu einer solchen Vereinbarung leicht bereit finden wird), muß auf rechtlich einwandfreie Weise beseitigt werden. Ohne daß zugleich anderen rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten Abbruch getan wird.

Es erscheint uns doch wesentlich, daß in dem einen Fall der Gesellschafter als Gesellschafter den Gläubiger befriedigt, ja befriedigen muß, während in dem anderen Falle der Gesellschafter

---

[57]) Vgl. Dür.-Hach.-Flechtheim, § 128 A. 15, Abs. 1.
[58]) Z. B. Dür.-Hach.-Flechtheim zu § 128, 2, Abs. 2.

als Privatmann, der als solcher unter keinerlei gesellschaftrechtlichen Zwang steht, stets rechtlich und häufig auch wirtschaftlich frei handelt. Die Eigenschaft als Privatmann und der freie Entschluß werden am deutlichsten in jenen Fällen, in denen ein Gesellschafter mit der Gesellschaft ein Geschäft abschließt, das zum Fortbestande der Gesellschaft nicht erforderlich ist. In solchen Fällen wird bei dem betreffenden Gesellschafter meist gar kein gerade durch die Zugehörigkeit zur Gesellschaft bedingtes Interesse mitsprechen. Häufig wird aber auch bei Abschluß des Geschäftes, durch das der Gesellschafter Gläubiger der Gesellschaft wird, ein durch die Mitgliedschaft bei der Gesellschaft bedingtes Interesse mitbestimmend gewesen sein: so etwa, wenn der Gesellschafter unter dem wirtschaftlichen Druck handelt, daß es zum Fortbestand der Gesellschaft erforderlich ist, sie zu stützen, und er ihr darum ein Darlehn gibt, oder wenn er einem Gläubiger eine Forderung abkauft, lediglich, damit sich die Gesellschaft einem schonungsvolleren Gläubiger gegenübersieht. Wir sehen aber deswegen, weil für den Gesellschafter gewisse wirtschaftliche Überlegungen mitbestimmend waren, keinen Grund, den Gläubiger-Gesellschafter schlechter zu stellen als andere Gläubiger. Denn er ist trotzdem Dritter. Seine Gläubiger-Eigenschaft verdient also im Verhältnis zu seiner Gesellschaftereigenschaft besondere Berücksichtigung —, mag er auch bei Begründung oder Erwerb der Forderung sogar in gewisser Hinsicht auch zugleich in seinem eigenen Interesse als Gesellschafter gehandelt haben. Nichtsdestoweniger will er wirtschaftlich und rechtlich der Gesellschaft als Außenstehender gegenübertreten, will er in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit in Ansehung dieser Forderung als eines Vermögensstückes weiter selbständig und unabhängig sein. Dafür spricht auch der Gedanke, daß bei den Handlungen des Gläubiger-Gesellschafters sehr oft der Gedanke eine Rolle spielen wird, daß es sich um eine zeitlich begrenzte Aktion handelt, und daß er seine wirtschaftliche Hilfe und seine Kräfte insoweit grade nicht in die dauernde Bindung des Gesellschaftsverhältnisses einspannen will. Für den, der die dauernde Bindung will, steht ja die seinen Willen klarer zum Ausdruck bringende Möglichkeit offen, seine Einlage zu erhöhen.

Die Rechtsprechung stellt sich zu unserer Frage und den Lösungen, die sie in der Literatur gefunden hat, uneinheitlich. Sie verweist den Gläubiger-Gesellschafter entweder ausschließlich auf das Gesellschaftsvermögen, oder sie läßt die Klage aus Grund der Gesamthaftung gegen jeden einzelnen Gesellschafter unter Abzug des von dem Gläubiger-Gesellschafter selbst zu tragenden Schuldanteils zu. Eine Ausnahme macht die Entscheidung OLG. 32, 104, die eine Klage gegen jeden einzelnen Gesellschafter auf Zahlung seines Anteils an die Gesellschaftskasse, aus der sich dann

der Gläubiger-Gesellschafter befriedigen kann, zuläßt. Die Entscheidung erscheint uns unhaltbar, gleichgültig, ob man den Gesellschafter-Gläubiger als Gesellschafter oder als Gläubiger ansehen will. Im letzteren Falle würde das Verlangen der Leistung an die Gesellschaftskasse sich als Geltendmachung eines innergesellschaftlichen Anspruchs darstellen, zu der ein Gläubiger eben nicht berechtigt ist. Sieht man ihn als Gesellschafter an, so hat er ebenfalls keinen Ausgleichsanspruch. Denn er hat mit dem freiwilligen Abschluß des Geschäfts keine Aufwendung im Sinne des Gesetzes gemacht, für die die Gesellschafter ausgleichungspflichtig wären.

Das Reichsgericht hat in die Beurteilung unserer Frage eine Unterscheidung hineingetragen, ob der Gesellschafter die Forderung aus einem zwischen ihm und der Gesellschaft getätigten Geschäft hat, oder ob er sie erst von einem Dritten erworben hat, der bei Abschluß des Geschäfts in keinerlei Beziehung zu der Gesellschaft stand. Die Entscheidung JW. 96, 58 Nr. 10 (d. i. Bolze, 21, Nr. 558), läßt die Klage in letzterem Falle gegen die Gesellschafter persönlich zu, läßt es aber unter Hinweis auf ein für den ersteren Fall ergangenes Erkenntnis[59]) offen, ob bezüglich eines solchen Falles anders zu entscheiden wäre. Tatsächlich hat auch später, allerdings ein anderer Senat, der Klage gegen die Gesellschafter aus einem zwischen Gesellschaft und Gesellschafter vorgenommenen Geschäft nicht stattgegeben (RG. 77, 102). Der gleiche Senat (1. Senat) hat die Klage auch abgewiesen, als ein Gesellschafter durch Erbschaft eine Darlehnsforderung gegen die Gesellschaft bekommen hatte (RG. in LZ. 1912, 912 Nr. 3). Es könnte zur Begründung der letztgenannten Entscheidung gegenüber der Entscheidung JW. 96, 58 angeführt werden, daß im Falle der Beerbung der Gesellschafter die Forderung möglicherweise nicht durch zweiseitigen Vertrag erworben hat, also ohne den erkennbaren Willen, nunmehr in ein bereits bestehendes Schuldverhältnis in die Stellung eines Dritten, wie es der erste Gläubiger ist, eintreten zu wollen. Das RG. in LZ. hat jedoch eine solche Erwägung nicht angestellt. Es hat sich vielmehr direkt auf RG. 77, 102 bezogen, ohne die abweichende Entscheidung in JW. 96, 58 auch nur zu erwähnen. Wir selbst möchten derartige Erwägungen, die zwischen den Rechtsgründen, wie der Gesellschafter zu seiner Forderung kam, unterscheiden, grundsätzlich ablehnen. Grade im Falle der Beerbung sind solche Überlegungen über gewolltes oder ungewolltes Eintreten in die Stellung eines Dritten nicht einmal erkennbar. Es dürfte deswegen auch kein Anlaß bestehen, den Erben schlechter zu stellen als den Zessionar. U. E. muß jedem Gläubiger-Gesellschafter, gleichgültig wie er zu seiner Forderung kam, die Stellung eines Gläubigers grundsätzlich zugestanden

[59]) Bolze 16 Nr. 491.

werden. Wenn er sie nicht begründen wollte, konnte er, zumal wenn er selbst die Forderung begründete, eine andere Form des Geschäfts wählen (z. B. Erhöhung des Geschäftsanteils); und wenn er sie bei einer übernommenen Forderung nicht ausnützen will, liegt auch das in seinem Belieben. Es scheint uns jedoch allgemein, vor allem auch in dem letztgenannten Fall kein Anlaß vorzuliegen, die schuldnerischen Mitgesellschafter dadurch besser zu stellen, daß man sie je nach den besonderen Verhältnissen auf der Seite des Gläubigers-Gesellschafters dem Zugriff entzieht, d. h. sie davor sichert. Wir lehnen es ab, den Gesellschafter, der häufig ohnehin durch Übernahme oder Begründung der Forderung im Interesse der Gesellschaft und damit auch der Mitgesellschafter ein größeres Opfer bringt als diese, zugunsten dieser noch schlechter zu stellen. Es genügt, daß die Mitgesellschafter dadurch, daß ein Gesellschafter ihm gegenüber eine Stellung einnimmt, die ebenso gut ein Dritter einnehmen könnte, nicht schlechter gestellt werden. Eine Durchbrechung des Prinzips der „Gesellschaftstreue" vermögen wir darin, daß dem Gläubiger-Gesellschafter grundsätzlich der Rückgriff bei seinen Mitgesellschaftern gestattet wird, nicht zu erblicken. Wir können uns mit dieser unserer Ansicht, — soweit es sich um die grundsätzliche Frage handelt, ob der Rückgriff während des Bestehens der Gesellschaft gestattet sein soll oder nicht — auf die jüngeren in dieser Frage ergangenen Erkenntnisse stützen[60]), ohne deswegen behaupten zu wollen, daß die Rechtsprechung nunmehr einheitlich sei. Denn diese Urteile ergingen, soweit sie RG.-Urteile sind, vom 2. und 3. Senat, während die oben zitierten älteren gegnerischen Entscheidungen solche des 1. und 4. Senats sind. Eine Plenarentscheidung wurde bisher bedauerlicherweise in dieser Frage vermieden (vgl. dazu RG. 85, 157), mit der Begründung, daß einmal die Normen des BGB., ein anderes Mal die des HGB. anzuwenden gewesen seien. Dieses Vorbringen scheint uns nur ein Ausweg, nicht aber eine stichhaltige Begründung zu sein. Zwar besteht bei der Gesellschaft nach BGB. die Möglichkeit, die persönliche Haftung zu beschränken oder auszuschließen, was bei den Handelsgesellschaften durch § 128 HGB. ausgeschlossen ist (mit Wirkung gegen Dritte). Ist aber von dieser Möglichkeit bei der Gesellschaft nach BGB. kein Gebrauch gemacht — und nur dann kann ja überhaupt die Frage nach der persönlichen Beanspruchung grundsätzlich akut werden, — so besteht zwischen den verschiedenen Arten von Personalgesellschaften in dieser Hinsicht keinerlei Unterschied.

Wir können damit als die herrschende Meinung hinstellen, daß dem Gläubiger-Gesellschafter der Rückgriff auch bei seinen Mit-

---

[60]) LZ. 19, 923, Nr. 9 (OLG. Hamburg) RG. 85, 157; 120, 137, d. i. JW. 28, 1565 Nr. 10 mit zustimmender Anmerkung von Bondi.

gesellschaftern persönlich schon während der Dauer der Gesellschaft gestattet sein soll. Er kann diese nach seiner eigenen freien Wahl beanspruchen. Die einzige Rücksichtnahme auf seine gleichzeitige Zugehörigkeit zur Gesellschaft soll darin bestehen, daß er den auf ihn selbst entfallenden Schuldanteil zu berücksichtigen hat, d. h. beim Regreß in Abzug zu bringen hat.

Dieses Ergebnis gibt zu Bedenken Anlaß. Es erscheint fraglich, ob die Mitgesellschafter nicht berechtigterweise verlangen können, daß der Gläubiger-Gesellschafter seine Gesellschaftereigenschaft in stärkerer Weise berücksichtige.

Das Bedürfnis, die Gesellschaftereigenschaft, oder, wie er es nennt, das „Gesellschaftsband" stärker zu berücksichtigen, hat Flechtheim[61]) dazu geführt, einen Weg zu suchen, der zwischen den beiden bisher dargestellten Anschauungen vermittelt. Er will den Gesellschaftergläubiger zunächst lediglich auf das Gesellschaftsvermögen verweisen. Es soll ihm also nicht nach seinem Belieben frei stehen, ob er sich an das Gesellschaftsvermögen oder an einen Gesellschafter persönlich halten will. Jedoch hält auch F. es für unbillig, den Gläubiger während der ganzen Dauer der Gesellschaft auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken. Er will deswegen dem Gläubiger-Gesellschafter das Recht zugestehen, sich insoweit, als er mangels vorhandenem oder hinreichendem Gesellschaftsvermögen nicht befriedigt wird, sich an seine Mitgesellschafter zu halten (also subsidiär). Allerdings soll er auch jetzt nicht jeden auf das Ganze abzüglich seines eigenen Schuldanteils in Anspruch nehmen können, sondern jeden Gesellschafter nur anteilig seiner (im Innenverhältnis bestehenden) Schuldenhaftung. Es könnte also ein Gläubiger-Gesellschafter A, der zwei Mitgesellschafter B und C hat, von B und C je nur ein Drittel verlangen. Das restliche Drittel hätte er, da es seinem eigenen Schuldanteil entspricht, selbst zu tragen. Könnte A aber beispielsweise bei B dessen anteiliges Drittel nicht beitreiben, so könnte er sich deswegen nunmehr nicht an C halten (sich auch nicht etwa den Ausfall bei B mit ihm, dem C, teilen), sondern er hätte den Ausfall selbst zu tragen, zumindest während der Dauer der Gesellschaft.

Diese Ansicht, die von Staub-Pinner[62]) ohne nähere Begründung als „nach keiner Seite befriedigend" abgelehnt wird, hat, soweit wir sehen, in die höchstrichterliche Rechtsprechung keinen Eingang gefunden. Auch wir lehnen sie ab, sowohl wegen ihrer Begründung wie vor allem auch wegen des Ergebnisses, das uns allerdings auf die gerechteste Lösung hinzudeuten scheint.

Flechtheim führt für seine Ansicht an, daß er, da er im Falle der Bezahlung die auch von uns oben vertretene Ansicht ver-

---

[61]) In LZ. 1914, 1262 ff. u. bei Dür.-Hach.-Flechtheim zu § 128 Anm. 15.
[62]) Staub-Pinner, zu § 128 Anm. 24 a. E.

tritt, in den beiden sehr ähnlich gelagerten Fällen mit seiner Lösung eine gleiche Behandlung beider Fälle erzielen und so die Gefahr, eventuelle Vorteile, die der eine Fall vor dem anderen böte, beseitigt habe. Wir haben bereits oben auf die nicht zu übersehende ungleiche rechtliche und wirtschaftliche Lage beider Fälle hingewiesen, und auch darauf, daß der genannten Gefahr eben möglichst auf andere, aber rechtlich einwandfreie Weise gesteuert werden müsse.

Vor allem aber will Flechtheim nicht eine Gesamthaftung der Mitgesellschafter, sondern nur eine anteilige zulassen (wie sie sich aus dem Innenverhältnis zwischen Gesamtschuldnern ergibt), weil „der Gläubiger selbst als Teilhaber der OHG. die gleiche Erfüllungspflicht" habe. Damit kommt F. wieder zu dem in der älteren Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansicht, daß die Gesellschaftereigenschaft vorzugsweise zu betonen ist. Nur weil es „andererseits eine unbillige Härte" sei (also reine Billigkeitserwägung), läßt F. im Falle der Erschöpfung des Gesellschaftsvermögens den anteiligen Regreß bei den Gesellschaftern zu. Wir können dem nur dieselben Gründe entgegenhalten, die wir oben bereits gegenüber denen vertraten, die auch die Gesellschaftereigenschaft vertraten, aber nicht einmal aus Billigkeitserwägungen eine anteilige Beanspruchung zuließen. Vor allem, daß eben bei den hier fraglichen Schuldverhältnissen der Gläubiger-Gesellschafter eben als Privatmann und nicht als Mitgesellschafter und darum auch nicht als Mitschuldner auftritt. Darum kann ihn während der Dauer der Gesellschaft auch nicht sich selbst gegenüber die gleiche Gesamthaftung treffen wie die übrigen Gesellschafter.

Die Gläubigereigenschaft ist unbedingt hervorzukehren, rechtlich wie wirtschaftlich. Aber, wie wir bereits oben sagten, genügt es uns auch nicht als Berücksichtigung der Gesellschaftereigenschaft, daß lediglich der eigene Schuldanteil in Abzug zu bringen sei. Der Gläubiger hat einen unbedingten Anspruch darauf, restlos befriedigt zu werden, solange auch nur einer seiner Mitgesellschafter imstande ist, die Forderung zu befriedigen. Aber u. E. haben die Mitgesellschafter, und zwar jeder einzelne von ihnen, ein Recht darauf, daß bei ihrer Beanspruchung die Verpflichtungen, die den Gläubiger als Gesellschafter treffen, auch dann, wenn er als Gläubiger auftritt, von ihm so weit eingehalten werden, als das für sie Schonung bedeutet, für ihn aber keine Gefährdung seiner Befriedigung.

Daher muß sich der Gläubiger-Gesellschafter tatsächlich, wie das auch Flechtheim verlangt, zunächst auf das Gesellschaftsvermögen verweisen lassen. Er kann also nicht, wie das die herrschende Meinung annimmt, sich nach seinem Belieben an das Gesellschafts- oder Privatvermögen halten. Und wenn das Gesell-

schaftsvermögen erschöpft ist, so kann er sich zunächst — auch darin stimmen wir mit Flechtheim und der älteren Theorie überein — nur an die Mitgesellschafter entsprechend dem Anteil jedes einzelnen am Verlust halten. Für den Ausfall, der ihm nun aber durch Leistungsunfähigkeit eines Mitgesellschafters entsteht, kann nach der Ansicht Flechtheims der Gläubiger keinen Ersatz finden. Denn jene Ansicht verlangt eben besondere Berücksichtigung der Gesellschafterqualität und darum würde eine über den Anteil am Verlust hinausgehende Beanspruchung gegen den Gesellschaftsvertrag (siehe oben) verstoßen. Wir aber, die auf der Gläubigereigenschaft bestehen, verlangen auch im Falle der Leistungsunfähigkeit eines Mitgesellschafters volle Befriedigung des Gläubigers. Zu diesem Zweck kann dann auch ein Mitgesellschafter über seinen gesellschaftlichen Verlustanteil hinaus beansprucht werden, — die Berücksichtigung der Gesellschaftereigenschaft findet eben ihre Grenze, wenn sie die Befriedigung des Gläubigers zu gefährden droht. Wir halten es nicht für erforderlich, daß der Gläubiger-Gesellschafter den nicht beigetriebenen Anteil nun wieder anteilsgemäß auf die anderen Gesellschafter umlegt und dabei dann auch wieder den auf ihn selbst entfallenden Schuldanteil brücksichtigt. Denn es besteht kein Grund, die Berücksichtigung der Gesellschaftereigenschaft über den der Gesellschaftereigenschaft im Verhältnis zu allen entsprechenden Schuldanteil hinaus auszudehnen. Denn die Berücksichtigung des Risikos, daß einer der Mitgesellschafter nicht leisten kann, ist eine innergesellschaftliche Angelegenheit, deren Berücksichtigung der grundsätzlichen Hervorkehrung der Gläubigereigenschaft widersprechen würde. Wir vertraten oben die Ansicht, daß im Falle der Bezahlung von Gesellschaftsschulden der zahlende Gesellschafter doch das Risiko tragen muß, daß er zunächst bei einem Mitgesellschafter keinen Ausgleich findet, und daß er sich dann nicht bei den anderen Gesellschaftern über deren innergesellschaftliche Quote hinaus schadlos halten kann. Wenn so bei der Ausgleichung im Innenverhältnis die Mitgesellschafter nicht einmal verpflichtet sind, den Ausfall bei einem von ihnen über ihre Quote hinaus zu tragen, so kann im Außenverhältnis von dem Gläubiger-Gesellschafter erst recht nicht verlangt werden, während der Dauer der Gesellschaft mehr als seine Verlustquote zu berücksichtigen. Wird die Grenze anteiliger Beanspruchung der Mitgesellschafter auf Grund von deren Gesamthaftung einmal überschritten, so tritt damit auch äußerlich die Gläubigerqualität des Gläubiger-Gesellschafters voll in die Erscheinung, und man wird ihm nunmehr gestatten müssen, für den durch den Ausfall des Anteils eines Mitgesellschafters ihm drohenden Verlust nunmehr jeden einzelnen in voller Höhe zu beanspruchen. Ein Beispiel soll dies verdeutlichen: Eine Gesellschaft hat vier Gesellschafter, A, B, C und D. A ist der Gläubiger der

Forderung von 400,— M. Die Gesellschafter seien im Innenverhältnis zu gleichen Teilen verpflichtet. Dann hat A zunächst die auf ihn selbst entfallenden 100,— M. in Abzug zu bringen; und er kann dann zunächst von jedem seiner drei Mitgesellschafter 100,— M. verlangen. Es ist nun aber bei B der auf diesen entfallende Betrag nicht beizutreiben. Dann hat er diesen Betrag nicht wieder auf sich, C und D umzulegen, aber er braucht ihn dann auch nicht auf C und D zu verteilen, sondern er kann nach seiner Wahl von C oder D außer den von ihnen je geschuldeten 100,— M. noch den auf B entfallenden Anteil in voller Höhe verlangen. Denn der Gläubiger hat ja grundsätzlich keine Beteiligung im Innenverhältnis zu berücksichtigen, und als Gesellschafter hat er das höchstens bis zur Höhe der auf den einzelnen entfallenden Verlustquote. Verläßt er aber wegen der Bevorzugung der Gläubigereigenschaft einmal die Einhaltung der Gesellschafterverpflichtungen, so braucht er auch nicht mehr die gesellschaftlichen Verlustposten zu beachten.

Damit hat also der Gläubiger-Gesellschafter die Möglichkeit, sich für seine Forderung restlos zu befriedigen. Diese Möglichkeit hat der eine Gesellschaftsschuld zahlende Gesellschafter nicht, da er, wie wir oben begründeten, von jedem Mitgesellschafter nur den Betrag verlangen kann, der dessen Verlustanteil entspricht. Einen etwaigen Ausfall hat er bis zur Auseinandersetzung selbst zu tragen. Wir deuteten bereits oben an, daß den Mitgesellschaftern dadurch Nachteile drohen, daß der zahlende Gesellschafter mit dem Gläubiger vereinbart, die Forderung solle nicht als getilgt gelten, sondern als abgekauft. Dagegen müssen die Gesellschafter gesichert werden. — Der Gesellschaftsvertrag verpflichtet die Gesellschafter, in seinem Rahmen Freuden und Leiden der Gesellschaft gleichmäßig zu tragen. Dieser Verpflichtung würde sich aber ein Gesellschafter durch die bezeichnete Manipulation entziehen. Schreiber[63]) hat, um das zu verhindern, vorgeschlagen, der Vertrag, den ein Gesellschafter mit einem Gläubiger abschließe, um sich eine günstigere Stellung zu sichern, solle als nichtig angesehen werden. Durch die Nichtigkeit käme aber nicht nur der betreffende Gesellschafter, sondern auch unbilligerweise der wahrscheinlich völlig unschuldige frühere Gläubiger, der mit dem Gesellschafter kontrahiert, um die beabsichtigte Wirkung des Vertrages. Daher empfiehlt es sich, nicht eine Nichtigkeit des Vertrages schlechthin anzunehmen, sondern den Vertrag als solchen zwischen den Kontrahenten als vollwirksam, jedoch der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern gegenüber als unwirksam anzusehen (relative Unwirksamkeit). Mit anderen Worten: der betreffende Gesellschafter dürfte und könnte sich seinen Mitgesell-

[63]) Schreiber, a. a. O. S. 141.

schaftern gegenüber nicht auf den von ihm abgeschlossenen Vertrag berufen, könnte also von ihnen auch nicht verlangen, besser gestellt zu werden, als ein Gesellschafter, der eine Gesellschaftsschuld bezahlt hat. Es wird geradezu eine Vermutung dafür bestehen, daß in allen Fällen, in denen eine ursprünglich einem Dritten zustehende Forderung gegen die Gesellschaft nunmehr einem Gesellschafter zusteht, diese dann von dem Gesellschafter bezahlt worden ist. (Es muß sich nicht gerade um einen Forderungskauf handeln). Der Fall, daß ein Rechtsgeschäft vorliegt, durch das der Gesellschafter in berechtigter Weise zum Gläubiger wird, also nicht lediglich zu dem Zweck, sich eine bessere Stellung zu verschaffen, dürfte die Ausnahme sein. Daher hätte der Gesellschafter das Vorliegen eines solchen Ausnahmefalles der Gesellschaft nachzuweisen. Ist z. B. an einer OHG. eine A.-G. beteiligt, und übernimmt nun die A.-G. eine andere OHG., die gegen die erste eine Forderung hat, so bestehen, falls die Übernahme nicht gerade erfolgt, um die A.-G. zur Gläubigerin der Forderung zu machen, gegen die Wirksamkeit der Übernahme auch gegenüber der ersten OHG. keine Bedenken und die A.-G. ist nunmehr Gläubigerin der ersten OHG. geworden. Sie hat dann die Stellung eines Gläubiger-Gesellschafters so, wie wir sie hier darlegten.

Es zeigt sich also, daß der Gesellschafter, der auch Gläubiger der Gesellschaft ist, infolge seiner Doppelstellung im Vergleich zu anderen Gläubigern erheblich benachteiligt ist.

Literaturverzeichnis:

Adler: Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts. Berlin 1895.

Baumbach: Handelsgesetzbuch, Berlin 1932.

Becher: Reichsabgabenordnung, 4. Aufl. Berlin, Wien 1932.

Becher-Strauss: Einkommensteuergesetze, Berlin 1931.

Becker: Reichsabgabenordnung (Kommentar), 7. Aufl. Berlin 1930.
— Ergänzung der Reichsabgabenordnung (7. Aufl.), Berlin 1931.

Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts, I. Bd. Berlin und Leipzig 1886.

Brand: Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1911.

Bühler: Lehrbuch des Steuerrechts, Bd. I: Allgemeines Steuerrecht, Berlin 1927.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 12. Aufl. Stuttgart 1930.

Denkschrift zu dem Entwurf eines HGB. und eines EG. Berlin (Guttentag) 1897.

Dernburg-Raape: Das bürgerliche Recht. 2. Bd. 2. Abtlg. 2. Aufl. Halle a. S. 1915.

Düringer - Hachenburg - Geiler - Flechtheim: Das Handelsgesetzbuch. II. Bd. 1. und 2. Hälfte. 3. Aufl. Mannheim—Berlin—Leipzig 1932.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 11. Bearbeitung, Marburg 1930. — 12. Bearbeitung, 1932.

v. Gierke, O.: Deutsches Privatrecht. III. Bd. München und Leipzig 1917.
— Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

v. Gierke, Julius: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 3. Aufl. Berlin und Leipzig 1929.

Goldbaum: Handelsgesetzbuch und Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Berlin 1930.

Goldmann: Handelsgesetzbuch. Berlin 1901.

Götze: Die Verteilung steuerlicher Mehrgewinne bei nicht-körperschaftsteuerpflichtigen Gesellschaften unter die Gesellschaft (in Mittlg. d. Steuerst. d. Reichsv. d. Deutsch. Ind. 1930).

v. Hahn: Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. I. Bd. 2. Lieferung, Braunschweig 1894.

Hamel: Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft, Bonn 1928.

Heck: Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.

Heinsheimer, Karl-Geiler: Handelsrecht mit Wechsel- und Scheckrecht, 3. Aufl. Berlin 1930.

Heinsheimer, Rudolf: Über die Teilhaberschaft. Heidelberger Rechtswissenschaftl. Abhandlungen, Heidelberg 1930.

Jaeger: Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft. Freiburg i. B. und Leipzig 1897.

Klausing: Gesellschaftsrecht (in „Die Handelshochschule") Lieferung 45. Berlin-Wien.

Knoke: Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB. Jena 1901. (In Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß.)

Koenige - Teichmann - Koehler: Handelsgesetzbuch. 3. Aufl. Mannheim—Berlin—Leipzig 1932.

Kommentar von Reichsgerichtsräten zum BGB. 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.

Krech: Die Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden. Diss. Greifswald 1900.

Kuhn-Wieneke: Das Einkommensteuergesetz; Kommentar. 5. Aufl. Berlin 1930.

Laufke: Die Handelsgesellschaften und das zwingende Recht. Prag 1931.

Lehmann-Hoeniger: Lehrbuch des Handelsrechts. I. Halbband, Berlin und Leipzig 1921.
Lehmann, Julius: Die Verteilung steuerlicher Mehrgewinne bei der offenen Handelsgesellschaft unter die Gesellschaft (in „Arbeiten zum Handel-, Gewerbe- und Wirtschaftsrecht, Bd. 62, S. 733 ff.).
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1914.
Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des BGB. München und Leipzig 1929.
Makower: Handelsgesetzbuch, I. Bd. Berlin 1906.
Oertmann: Kommentar zum BGB., II. Bd. 1. u. 2. Abtlg. Berlin 1929.
Pissel-Koppe: Einkommensteuergesetz, 3. Aufl. Berlin, Wien 1930.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. 4. Aufl. II. 2, Berlin und Leipzig 1928.
Renaud: Das Recht der Kommanditgesellschaften, Leipzig 1881.
Schreiber: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. München 1925.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 5. Aufl. Bd. I. Stuttgart 1931.
Staub: Kommentar zum HGB. 14. Aufl. 1. Bd. Berlin und Leipzig 1932.
Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl. Bd. II. 1. u. 3. Teil. München, Berlin u. Leipzig 1929.
Warneyer: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Tübingen 1930.
Wieland: Handelsrecht, Bd. I, München und Leipzig 1921.

Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß.
„Beiträge zum Wirtschaftsrecht" in „Arbeiten zum Handels-, Gewerbs- und Wirtschaftsrecht", Bd. 62 (Aufsatz Lehmann, S. 733 ff.)
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Deutsche Juristenzeitung.
Entscheidungen des Reichsfinanzhofs.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Bd. 72, S. 245, 248).
Hanseatische Rechtszeitschrift (Reichel 1922, 401).
Holtheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen (Förtsch 98, 2).
Jahrbuch des deutschen Rechts.
Juristische Rundschau.
Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Mitteilungen der Steuerstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie, XIII. Jahrg. 1930.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1898.
Das Recht.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (auf dem Gebiete des Zivilrechts).
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Soergel, Rechtsprechung zum gesamten Zivil-, Handels- und Prozeßrecht.
„Steuer und Wirtschaft".
Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

Lebenslauf.

Ich bin am 4. Oktober 1909 in Düsseldorf geboren. Von Ostern 1916 bis Ostern 1928 war ich Schüler und erhielt eine vollhumanistische Ausbildung, die ich durch die Reifeprüfung am Staatl. Prinz-Georg-Gymnasium in Düsseldorf abschloß. Sommersemester 1928 und Wintersemester 1928/29 studierte ich an der Universität Grenoble (Frankreich). Die anschließenden drei Semester 1929 bis 1930 war ich an der Universität München immatrikuliert. Vom Wintersemester 1930/31 bis zum Ende des Sommersemesters 1932 studierte ich dann an der Universität Frankfurt a. M. Am 4. Februar 1933 bestand ich vor der Prüfungskommission beim Oberlandesgericht Frankfurt a. M. das Referendarexamen. Im Vorbereitungsdienst war ich nur kurze Zeit tätig.